

EQUAL

RIVISTA DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

IN EVIDENZA:

- Il *gender pay gap* nella pubblica amministrazione, dalle regole all'innovazione organizzativa
- A proposito del danno da perdita di *chance* nel diritto del lavoro pubblico
- La parità di genere nel pubblico impiego. Potenzialità e limiti dai contributi del PNRR
- Il diritto all'aspettativa dei dirigenti medici per incarichi in altri Stati UE
- Divieti di adibizione al lavoro: la prestazione della madre non è impossibile, ma potenzialmente pericolosa
- Retribuzione di posizione e indennità di esclusività per i dirigenti medici-veterinari con contratto a tempo determinato
- Profilazione razziale e violazione degli artt. 8 e 14 C.e.d.u.
- *Employing Confessional Theology Professors in Serbia* (Prima parte)

n. 5 / 2024

Rivista bimestrale

COMITATO DI DIREZIONE

Matteo Borzaga, Barbara de Mozzi, Valerio Maio, Anna Zilli

COMITATO SCIENTIFICO

Emilio Balletti, Judith Brockmann, Marina Brollo, Carlo Cester, Gabriele Carapezza Figlia, Fulvio Cortese, Domenico Garofalo, Barbara Godlewska-Bujok, Esther Happacher, Enrico Gragnoli, Frédéric Guiomard, Ljubinka Kovacevic, Fiorella Lunardon, Marco Pertile

COMITATO DI REDAZIONE

Vincenzo Cangemi, Alessia Gabriele, Carmela Garofalo, Laura Torsello

COMITATO DI REFERAGGIO

Alessandro Boscati, Stefano Caffio, Davide Casale, Lorenzo Maria Dentici, Loredana Ferluga, Paola Ferrari, Emanuela Fiata, Valeria Filì, Laura Foglia, Gabriele Franza, Emanuele Menegatti, Gabriella Nicosia, Antonello Olivieri, Annalisa Pessi, Antonio Preteroti, Federico Maria Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Angela Riccardi, Alessandro Riccobono, Fabrizia Santini, Rosario Santucci, Alessandra Sartori, Elena Signorini, Anna Trojsi, Lucia Valente, Riccardo Vianello

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Ospedaletto (PI)

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacineditore.it • info@pacineditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Indice

Saggi

- SILVIA CIUCCIOVINO, *Il gender pay gap nella pubblica amministrazione, dalle regole all'innovazione organizzativa*» 405
- LORENZO MARIA DENTICI, *A proposito del danno da perdita di chance nel diritto del lavoro pubblico*» 421
- MARCELLA MIRACOLINI, *La parità di genere nel pubblico impiego. Potenzialità e limiti dai contributi del PNRR*.....» 437

Giurisprudenza

- ANGELICA RICCARDI, *Il diritto all'aspettativa dei dirigenti medici per incarichi in altri Stati dell'Unione...* 457
[Corte di Cassazione, sez. lav., ordinanza (interlocutoria) 16 gennaio 2024, n. 1636]
- MATTEO ATTANASIO, *Divieti di adibizione al lavoro: la prestazione della madre non è impossibile, ma potenzialmente pericolosa*.....» 471
[Corte di Cassazione, sez. lav., ordinanza 13 giugno 2023, n. 16785]
- ANNA PIOVESANA, *Retribuzione di posizione ed indennità di esclusività per i dirigenti medici-veterinari con contratto a tempo determinato*.....» 483
[Corte di Cassazione, ordinanza 10 gennaio 2024, n. 1065]
- RAZMIK VARDANIAN, *Profilazione razziale e violazione degli artt. 8 e 14 C.e.d.u.: l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo e le derive della discriminazione algoritmica nelle attività di law enforcement*» 495
[European Court of Human Right, sez. terza, sentenza 20 febbraio 2024, ricorso n. 43868/18 e 25883/21]

Dialogues

- LJUBINKA KOVAČEVIĆ, *Employing Confessional Theology Professors in Serbia: (Ir)Reconcilability of Religious Freedom, Academic Freedom, and Guarantees of Labour Rights (Prima parte)*» 515

Il *gender pay gap* nella pubblica amministrazione, dalle regole all'innovazione organizzativa*

The gender pay gap in public administration, from regulations to organisational innovation

Silvia Ciucciovino

Ordinaria di Diritto del Lavoro nell'Università degli studi "Roma Tre"

SOMMARIO: Peculiarità ed evidenze del *gender pay gap* nel settore pubblico. – 2. La trama regolativa della parità e il paradosso del *gender gap* nella p.a. – 3. Cause e fattori strutturali del *gender pay gap* nella p.a.: spunti di riflessione. – 4. Luci e ombre della contrattazione collettiva nei differenziali retributivi di genere. – 5. Dall'approccio procedimentale all'approccio gestionale-organizzativo alla parità di genere: strategia, misurazione, impatto.

Sinossi: Il saggio affronta la questione del *gender gap* nella pubblica amministrazione come risulta dalle fonti ufficiali (Inps e Ragioneria generale dello Stato). Tale divario è caratterizzato da consistenti differenziali retributivi annui e giornalieri nonché dal fenomeno del "tetto di cristallo" che limita i percorsi di carriera delle donne verso i ruoli apicali. Viene evidenziato il paradosso della normativa paritaria nel settore pubblico, che presenta uno scarso grado di effettività nonostante una trama regolativa molto ricca e l'accentuata femminilizzazione del settore pubblico. Il saggio individua alcune delle possibili cause del fenomeno del *gender pay gap* nella p.a., sia sul fronte delle caratteristiche tipologiche dell'occupazione femminile, sia sul fronte della contrattazione integrativa. In particolare, vengono messe in luce le criticità della contrattazione di ente relativamente ai criteri diffusi che informano le progressioni economiche orizzontali, la retribuzione accessoria e la valutazione della *performance* organizzativa e individuale. Si propone infine di superare nella p.a. il dominante approccio burocratico e di adempimento normativo, a favore di un approccio più spiccatamente organizzativo alla parità di genere.

* Il contributo, integrato da note, riproduce l'intervento al Seminario *on line* su «Parità di trattamento, contrattazione collettiva, *gender pay gap* nella p.a.» del 12 giugno 2024, svolto nell'ambito del III^o Ciclo seminariale Clip - Conversazioni di lavoro e impiego pubblico (anno accademico 2023/2024) «Il trattamento economico nella pubblica amministrazione». Esso sarà inserito nell'omonimo volume a cura di BOSCATI, ZILLI, Wolters Kluwer Cedam (in corso di pubblicazione).

Abstract: *The essay addresses the issue of the gender gap in the public administration highlighted by official sources (Inps and Ragioneria Generale dello Stato), characterized by substantial annual and daily pay differentials as well as the phenomenon of the “ceiling glass” that limits women’s career paths to top positions. The paradox of equal opportunity legislation in the public sector is highlighted, which has a low degree of effectiveness despite a very rich regulatory texture and the accentuated feminization of the public sector. The essay identifies some of the possible causes of the gender pay gap phenomenon in the p.a., both on the front of the typological characteristics of women’s employment and on the front of supplementary collective bargaining. In particular, critical issues in supplementary bargaining are highlighted with regard to the widespread criteria that inform horizontal economic progressions, fringe pay, and organizational and individual performance evaluation. Finally, it is proposed to overcome the dominant bureaucratic and regulatory compliance approach in the public administration in favor of a more distinct organizational approach to gender equality.*

Parole chiave: *Gender pay gap – Discriminazione – Pubblica amministrazione – Parità – Contrattazione integrativa*

Keywords: *Gender pay gap – Discrimination- Public administration – Equality – Second-level bargaining*

1. Peculiarità ed evidenze del *gender pay gap* nel settore pubblico

La pubblica amministrazione italiana è fortemente femminilizzata: su circa 3,3 milioni di occupati, due terzi sono donne, metà delle quali impiegate nel comparto della Scuola¹. Si tratta di un capitale umano altamente scolarizzato: nel settore pubblico sono donne il 61% degli occupati laureati triennali e il 56% degli occupati con titolo di laurea magistrale o ciclo unico. Dal 2001 al 2022 si è avuto un progressivo innalzamento del livello di scolarizzazione delle donne impiegate nella p.a., specie per i livelli più elevati di istruzione, a fronte di un *trend* piuttosto costante degli uomini.

Almeno in termini di partecipazione e di titoli di studio, le donne, quindi, rivestono una posizione significativa nella struttura occupazionale complessiva del settore pubblico, al punto che si ha la sotto-rappresentazione del genere maschile nella p.a.. Ciò costituisce sicuramente una peculiarità rispetto al settore privato dove, invece, i tassi di occupazione femminile sono strutturalmente inferiori a quelli maschili.

Se si osserva il *gender pay gap*, cioè la misura delle differenze retributive tra uomini e donne, si nota come il differenziale retributivo nominale annuo ammonta in media a circa € 5.200, a svantaggio delle donne². A livello giornaliero il divario retributivo nominale uomo-donna è più marcato nel pubblico rispetto al privato, con una differenza media di

¹ RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, *Conto annuale dello Stato anno 2022*, da cui sono tratti i dati riportati nel paragrafo.

² INPS, *Analisi dei divari di genere nel mercato del lavoro e nel sistema previdenziale attraverso i dati INPS, 2022*. La retribuzione nominale media annua degli uomini è di € 33.600, contro i € 28.400 delle donne. Il differenziale retributivo nominale annuo tra uomini e donne nel settore privato si attesta invece intorno ai 6.000 euro.

€ 17 a favore degli uomini nella p.a., contro i € 10 medi giornalieri nel settore privato. Il *gender pay gap* rappresenta quindi una sfida anche in un settore, come quello pubblico, a forte vocazione femminile.

L'INPS³ ha misurato l'impatto del genere sulla retribuzione a parità di altre condizioni, con tecniche che permettono di confrontare donne e uomini impiegati con la medesima tipologia contrattuale e che lavorano nello stesso comparto. Questi dati evidenziano come il differenziale persiste, anche se in misura minore, quando vengono messe a confronto situazioni comparabili e, cioè, non influenzate da fattori quali le tipologie contrattuali, l'età e il comparto. Nel 2021, a fronte di un divario nelle retribuzioni annuali nominali di circa il 16%, il differenziale a parità di condizioni contrattuali e di comparto si è comunque attestato sul 6%. Così pure il differenziale retributivo di genere giornaliero a parità di caratteristiche individuali, contrattuali e di comparto oscilla tra il 7% e 6%, a fronte di un gap nominale tra il 15% e il 14%.

Per quanto riguarda la probabilità delle donne di trovarsi nei livelli medio-bassi della scala retributiva, poi, questa è molto maggiore rispetto a quella degli uomini, così come specularmente maggiore è la probabilità degli uomini di conquistare le posizioni migliori nella scala retributiva. I comparti più egualitari dal punto di vista del differenziale retributivo risultano essere la Scuola e i Ministeri, quelli con differenziale maggiore sono l'Università, il SSN e gli Enti Locali.

I divari retributivi sono il frutto di una serie di dinamiche tipiche dell'occupazione femminile nella p.a., come la minore intensità del lavoro femminile e la distribuzione su ruoli e mansioni meno qualificanti rispetto a quelli ricoperti dagli uomini.

In particolare, nella p.a. le donne lavorano meno giornate nell'anno e sono impiegate di più con part time⁴. Si nota inoltre una accentuata e costante femminilizzazione delle tipologie contrattuali flessibili, specie per quanto riguarda il contratto a termine e la somministrazione di lavoro. Nel 2022 il 64% degli assunti a termine e il 69% degli occupati in somministrazione erano donne⁵.

Quanto al cosiddetto soffitto di cristallo, cioè la difficoltà delle donne di ascendere ai livelli più alti degli inquadramenti e a coprire posizioni di *leadership*, si nota un forte addensamento delle donne nei livelli medio bassi, e una scarsa rappresentazione nei livelli apicali. Soltanto il 12% nei ruoli dirigenziali apicali è coperto da donne, contro il 23% delle donne nei ruoli dirigenziali intermedi e il 50,6% di donne nei ruoli non apicali.

Per l'anno 2023 il settore «servizi generali della p.a.» è compreso tra i settori caratterizzati da un elevato tasso di disparità uomo-donna (tasso superiore di almeno il 25%⁶ rispetto

³ INPS, *Analisi dei divari di genere nel mercato del lavoro e nel sistema previdenziale attraverso i dati INPS*, cit.

⁴ Il differenziale nel part time è importante, nel settore pubblico il 47,7% delle donne è occupata a tempo parziale a fronte del 17,4% degli uomini.

⁵ RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO, op. cit.

⁶ Individuato dal decreto interministeriale emanato dal Ministero del lavoro di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze l'11 novembre 2022 in attuazione dell'art. 2, punto 4, lett. f) del Reg. (UE) n. 651/2014.

alla media annua di riferimento rilevata dall'Istat pari a 9,5%), con un tasso di disparità medio pari a 29,6%. Inoltre, nelle professioni più elevate (Membri dei corpi legislativi e di governo, dirigenti ed equiparati dell'amministrazione pubblica, nella magistratura, nei servizi di sanità, istruzione e ricerca e nelle organizzazioni di interesse nazionale e sovranazionale) si registra un tasso di disparità pari al 15%⁷.

L'effetto soffitto di cristallo nella p.a. a livello teorico dovrebbe essere scongiurato dalla regola del pubblico concorso che, applicandosi anche alle progressioni verticali, dovrebbe prevenire ogni potenziale effetto distorsivo derivante da pregiudizi o discriminazioni a danno delle donne nelle selezioni pubbliche per la mobilità verticale.

Tuttavia, la regola del concorso è in realtà attenuata (fatta salva una riserva di almeno il 50% delle posizioni disponibili, che restano destinate all'accesso dall'esterno) dalla previsione dell'art. 52, comma 1-*bis*, del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (di seguito TUPD) che attribuisce alla contrattazione collettiva la disciplina dei criteri con cui effettuare le progressioni nella stessa area «in funzione delle capacità culturali e professionali e dell'esperienza maturata e secondo principi di selettività, in funzione della qualità dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito». Invece la progressione tra diverse aree, per la quota non riservata all'accesso dall'esterno, avviene «tramite procedura comparativa, basata sulla valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni di servizio, sull'assenza di provvedimenti disciplinari, sul possesso di titoli e competenze professionali ovvero di titoli di studio ulteriori rispetto a quelli previsti per l'accesso dall'esterno, sul numero e sulla tipologia degli incarichi rivestiti». Esiste, quindi, una certa quota di discrezionalità nell'individuazione dei criteri preferenziali per le progressioni verticali, che può generare effetti perversi, soprattutto laddove si conferisca peso rilevante a criteri di esperienza o incarichi precedentemente rivestiti, in cui possono risultare premiati più agevolmente gli uomini anziché le donne⁸.

2. La trama regolativa della parità e il paradosso del *gender gap* nella p.a.

Se si guarda all'apparato regolativo e istituzionale volto a favorire la parità e il contrasto alle discriminazioni, la pubblica amministrazione sopravanza senza dubbio il settore privato quanto a numerosità e articolazione dei dispositivi normativi⁹. Nonostante il tasso regolativo molto elevato nel contrasto ai divari di genere il *gender pay gap* nella p.a. è maggiore

⁷ Per una lettura critica dei criteri di misurazione della disparità e di individuazione delle funzioni dirigenziali PASQUALETTO, *Le pari opportunità di genere nell'accesso e nelle carriere nel pubblico impiego: Dati, normativa, criticità e soluzioni*, in *LDE*, 2022, 3.

⁸ PASQUALETTO, op. cit.

⁹ D'ONGHIA, *Le politiche di genere in trent'anni di riforma della PA tra successi e obiettivi ancora mancati*, in *Quaderno di DLM*, 2024, n. 16, *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme*, a cura di GARGIULO e L. ZOPPOLI, 263 ss.; FERRARA, *Pari opportunità ed effettività delle tutele nel lavoro pubblico*, in BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, 2017, Ediesse, 157 ss.

di quello che si registra nel settore privato, mettendo in evidenza quello che potremmo definire un vero e proprio paradosso delle regole paritarie nella p.a.

Molto schematicamente basti qui ricordare che nel settore pubblico opera una visione integrata del principio di parità, non discriminazione, dignità, sicurezza e benessere organizzativo (art. 7, TUPI)¹⁰, strettamente collegata al principio di buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.).

Il principio paritario è assistito da un ampio ventaglio di previsioni che obbligano le pp.aa. alla predisposizione di programmi *ad hoc* di azioni positive e alla istituzione di organismi a presidio della parità. Il grado di maturità della legislazione al riguardo è alquanto avanzato e incentrato su una concezione olistica della parità e dell'ambiente di lavoro improntata al benessere organizzativo.

La materia è costellata da previsioni e misure legislative ispirate a diverse tecniche, connotate da differenti livelli di cogenza, che è possibile schematicamente articolare in quattro ambiti: a) i divieti di discriminazione e le regole di parità di trattamento; b) la programmazione di piani di azioni positive e la promozione di vantaggi differenziali per il genere sottorappresentato; c) la previsione di quote riservate negli organi di gestione e controllo delle società a partecipazione pubblica; d) l'istituzione dei Comitati unici di garanzia, quali organismi e presidi deputati alla garanzia delle pari opportunità, alla valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni.

Per quanto riguarda i divieti di discriminazione e la parità di trattamento¹¹, è sufficiente rilevare come nel settore pubblico tale principio sia radicato sin dalla fase del reclutamento innanzitutto nell'art. 51 Cost. (come modificato nel 2003) in base al quale «tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini»¹². La regola della parità di trattamento è inoltre affermata espressamente dall'art. 45, co. 2, TUPI. Diversamente dal settore privato, dove non sussiste una analoga regola paritaria, nel settore pubblico si sancisce la «parità di trattamento contrattuale» e quindi l'uniformità dei trattamenti, garantita anche dal fatto che la disciplina collettiva è uniformemente definita dal CCNL che trova necessaria applicazione a tutte le amministrazioni pubbliche del medesimo comparto. La parità di trattamento è rafforzata dall'affermazione, nel settore pubblico, di un criterio di utilizzo del personale *gender oriented* ad opera dell'art. 1, co.1, lett. c), TUPI a mente del quale «Le disposizioni del presente decreto disciplinano l'organizzazione degli uffici e i rap-

¹⁰ PERUZZI, *La tutela contro le discriminazioni nella pubblica amministrazione*, in BOSCATI, *Il lavoro pubblico, Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Maggioli, 2021, 601 ss.

¹¹ BORELLI, *Pari opportunità e non discriminazione nelle amministrazioni pubbliche*, in PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Vol. 1, Torino, 2013, 509 ss.

¹² SCARPONI, *L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*, in Biblioteca "20 Maggio", 2019, 2, 342 ss.; VIMERCATI, *L'innovazione organizzativa e il c.d. performance management nell'ottica della parità di genere e dell'azione dei CUG*, in LPA, 2022, 1, 25 ss.

porti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche ... al fine di: c) realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, ... garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori nonché l'assenza di qualunque forma di discriminazione e di violenza morale o psichica». In questo modo la valorizzazione e lo sviluppo delle risorse umane assurgono a «valore "in sé" della riforma del pubblico impiego»¹³ al pari dell'efficienza e della qualità dei servizi pubblici.

Diverse previsioni poi dispongono obblighi di paritaria partecipazione alla formazione e all'aggiornamento professionale [art. 57, co. 5, lett. c), TUIPI] e criteri di conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale che devono tenere conto delle condizioni di pari opportunità [art. 19, co. 4-bis e 5-ter TUIPI e artt. 42, co. 2, lett. d) e 48, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198].

Per quanto riguarda il secondo ambito di misure – azioni positive e vantaggi differenziali¹⁴ - va ricordato l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di adottare Piani di azioni positive triennali (art. 48, d.lgs. n. 198/2006) al fine di assicurare «la rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro e nel lavoro tra uomini e donne» e l'adozione di azioni positive nella p.a., anche con specifico riferimento al riequilibrio delle posizioni gerarchiche al fine di «promuovere l'inserimento delle donne nei settori e nei livelli professionali nei quali esse sono sottorappresentate» e il riequilibrio della presenza femminile nelle attività e nelle posizioni gerarchiche ove sussiste un divario fra generi non inferiore a due terzi, prevedendo l'obbligo di motivazione esplicita e adeguata dell'eventuale scelta del candidato maschile «in occasione tanto di assunzioni quanto di promozioni, a fronte di analoga qualificazione e preparazione professionale tra candidati di sesso diverso» (art. 48, d.lgs. n. 198/2006).

Attraverso i Piani di azioni positive le pp.aa. dovrebbero dotarsi quindi di una vera e propria programmazione triennale basata sul genere, capace di influenzare le politiche di reclutamento e di gestione e organizzazione del personale, il che implica fissare politiche, obiettivi, azioni, nonché verifiche periodiche sulla loro attuazione necessarie alla valutazione e rivalutazione delle stesse. La mancata attuazione del Piano comporta l'impossibilità per l'amministrazione di procedere all'assunzione di nuovo personale (art. 6, co. 6, TUIPI). Azioni positive nelle pubbliche amministrazioni inoltre sono promosse dall'art. 5 d.l. 30 aprile 2022, n. 36 conv. in l. 29 giugno 2022, n. 79 che chiede alle pp.aa. di promuovere misure che attribuiscono «vantaggi specifici» ovvero «evitino o compensino svantaggi nelle carriere al genere meno rappresentato» (denominati – curiosamente - dal legislatore «criteri di discriminazione positiva») che devono essere proporzionati allo scopo da perseguire ed adottati a parità di qualifica da ricoprire e di punteggio conseguito nelle prove concorsua-

¹³ MAINARDI, *La valorizzazione delle risorse umane nelle p.a. Trattamenti accessori e fondi per la contrattazione integrativa*, in *RGL*, 2018, 3, I, 453 ss. (spec. 454).

¹⁴ BORGOGELLI, *Le azioni positive nel settore pubblico*, in BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità e politiche di pari opportunità*, in *NLCC*, 2003, 705 ss.

li. A queste previsioni se ne aggiungono molte altre, tra queste basti ricordare il sistema di valutazione della *performance* individuale e collettiva legata al «raggiungimento degli obiettivi di promozione delle pari opportunità» introdotto dalla c.d. riforma Brunetta [art. 8, lett. h), d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150]; l'obbligo del Bilancio di genere (art. 38-*septies*, l. 31 dicembre 2009, n. 196); l'obbligo di redazione del rapporto biennale sulla situazione del personale; la previsione di quote e riserve negli investimenti PNRR (47, co. 7, d.l. 31 maggio 2021, n. 77 conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108 «pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC»)¹⁵.

Numerose sono anche le indicazioni di *policy* e linee guida di fonte amministrativa dirette alle pp.aa. volte a favorire la promozione della parità di genere (v., da ultimo le Linee guida del Dipartimento funzione pubblica e del Dipartimento pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri sulla «Parità di genere nell'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni» dell'ottobre 2022 su cui si tornerà *infra* § 5).

Per quanto riguarda il terzo ambito di misure, ossia la previsione di quote riservate negli organi di gestione e controllo delle società a partecipazione pubblica, la l. 12 luglio 2011, n. 120 (conosciuta come legge Golfo-Mosca) introduce quote riservate (almeno un terzo dei componenti) al genere meno rappresentato negli organi apicali di amministrazione e controllo nelle società quotate in mercati regolamentati e nelle società pubbliche. A questa previsione si aggiunge ora l'estensione della riserva di due quinti dei componenti nei Consigli di amministrazione alle società, costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni, non quotate in mercati regolamentati (art. 6, d.lgs. 5 novembre 2021, n. 162). Vanno poi ricordate le previsioni che riservano posti (almeno un terzo) nella composizione di commissioni di concorso per garantire l'equilibrata rappresentanza dei generi [art. 57, co. 5, lett. a), TUIPI], anche se trattasi di norma di scarsa efficacia¹⁶.

Controversa è la disciplina dell'accesso all'impiego presso le pp.aa. di cui al d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487 come modificato dal d.p.r. 16 giugno 2023, n. 82¹⁷. Infatti, l'art. 6 intitolato «Equilibrio di genere» prevede che «al fine di garantire l'equilibrio di genere nelle pubbliche amministrazioni, il bando indica, per ciascuna delle qualifiche messe a concorso, la percentuale di rappresentatività dei generi nell'amministrazione che lo bandisce, calcolata alla data del 31 dicembre dell'anno precedente. Qualora il differenziale tra i generi sia superiore al 30 per cento, si applica il titolo di preferenza di cui all'articolo 5, c. 4, lettera o), in favore del genere meno rappresentato». Tale previsione, infatti, nella misurazione dell'indice di rappresentatività da prendere in considerazione non differenzia tra qualifiche, ma mette in comparazione soltanto in termini quantitativi complessivi il differenziale

¹⁵ Per una disamina complessiva cfr. D'ONGHIA, op. cit.

¹⁶ Sul punto si rinvia a D'ONGHIA, *Le politiche di genere in trent'anni di riforma della PA tra successi e obiettivi ancora mancati*, in *Quaderno di DLM*, 2024, cit.

¹⁷ Su queste tematiche e per una disamina delle diverse misure mirate al riequilibrio di genere ZILLI, *La preferenza e la precedenza di genere nella pubblica amministrazione: principi e paradossi*, in *ADL*, 2024, 4, 746 ss.

tra i generi. Questo comporta che nel settore pubblico, dove abbiamo una elevata femminilizzazione, ma distribuita soprattutto nei livelli medio bassi, risulti distorto l'indice di rappresentatività nelle categorie più elevate, arrivando in taluni casi ad avvantaggiare gli uomini anziché le donne.

Riguardo, infine, la quarta categoria di misure, che punta alla costituzione di organismi specifici deputati nel settore pubblico a svolgere una funzione di garanzia, vanno ricordati i Comitati unici di garanzia (CUG) «per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni» la cui istituzione è obbligatoria in ogni pubblica amministrazione. Tali organismi, a partire dal 2010, hanno sostituito i precedenti comitati per le pari opportunità e i comitati paritetici per il mobbing (art. 57, TUPI, modificato dall'art. 21 l. n. 4 novembre 2010, n. 183) e ad essi sono attribuiti compiti propositivi, consultivi e di controllo. Ma una funzione di controllo del rispetto delle pari opportunità nell'agire amministrativo è attribuita a livello teorico anche agli Organismi indipendenti di valutazione di cui all'art. 14, lett. h), d.lgs. n. 150/2009, come modificato dal d.p.r. 9 maggio 2016, n. 105. In conclusione, non si può certo dire che nel settore pubblico non sia presente un quadro regolatorio altamente strutturato e orientato a garantire l'uguaglianza e la parità di opportunità. Tuttavia, come le evidenze dimostrano, tali norme non appaiono ancora dotate di quella efficacia ed effettività che sarebbero necessarie ad invertire la situazione di disparità di fatto, specialmente per ciò che riguarda le opportunità di carriera e l'ascesa delle donne ai ruoli apicali delle amministrazioni. Si assiste quindi ad un vero e proprio paradosso, quello di un *gender gap* accentuato in un settore dove il tasso di femminilizzazione e partecipazione femminile è particolarmente elevato e dove il legislatore ha predisposto norme e strumenti specifici per garantire una parità sostanziale tra i due generi sul lavoro che non ha eguali nel settore privato. Probabilmente le ragioni di questo paradosso vanno ricercate al di fuori del quadro delle norme giuslavoristiche in quanto assumono una dimensione sistemica ben più ampia¹⁸, tuttavia si cercherà nell'analisi seguente di svolgere qualche riflessione in merito ad alcuni profili specifici del pubblico impiego che incidono sul fenomeno del *gender gap*.

3. Cause e fattori strutturali del *gender pay gap* nella p.a.: spunti di riflessione

C'è da chiedersi quali possono essere le ragioni profonde del *gender pay gap* nella p.a. in un contesto formalmente tanto proteso alla parità. Andando per esclusione, è certo che nel settore pubblico non è possibile richiamare come ragioni o fattori scatenanti del *gen-*

¹⁸ CORAZZA, *Diritto antidiscriminatorio e oltre: il lavoro delle donne come questione redistributiva*, Relazione al XXI^o Congresso nazionale AIDLaSS «Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro» – Messina, 23-25 maggio 2024.

der pay gap alcuni di quelli che vengono solitamente addotti per fornire una spiegazione plausibile ai differenziali salariali nel settore privato.

Tra questi troviamo ad esempio la concorrenza al ribasso tra CCNL, noto anche come fenomeno del *dumping* contrattuale. Nella p.a., infatti, abbiamo i comparti predefiniti dalla legge e l'applicazione necessaria di un unico CCNL all'interno del comparto e, pertanto, è sconosciuto il fenomeno della competizione al ribasso tra CCNL che nel settore privato vede particolarmente penalizzate le fasce più deboli del mercato del lavoro, tra cui le donne. Non appare conferente neppure il richiamo alla motivazione, largamente diffusa per spiegare il *gender gap* nel settore privato della scarsa partecipazione femminile al mercato del lavoro, attesa l'ampia femminilizzazione della p.a. e la sovra rappresentazione femminile in molti comparti.

Né possono giocare un ruolo nei differenziali retributivi i superminimi *ad personam*, responsabili nel settore privato delle principali forbici retributive tra uomini e donne. Infatti, nella p.a., in ragione della regola della parità di trattamento e della struttura contrattuale, non è consentita la negoziazione di trattamenti retributivi a livello individuale, mentre il riconoscimento del merito e della *performance* individuale è rimesso alla contrattazione collettiva integrativa (ai sensi dell'art. 45, co. 3-*bis*, TUPI) nei limiti stabiliti dalla legge e dal contratto collettivo nazionale.

Nel settore pubblico il *gender pay gap* sembra, piuttosto, collegabile schematicamente a tre principali cause concomitanti.

a) In primo luogo, la segregazione verticale, che rappresenta probabilmente uno dei fattori chiave del divario retributivo, attesa la minore possibilità di accesso delle donne alle posizioni apicali meglio retribuite. Nonostante la forte incidenza del personale femminile nella p.a., le donne sono meno rappresentate nei ruoli dirigenziali o nelle posizioni di alta responsabilità. Questo fenomeno rappresenta una barriera significativa per l'avanzamento delle donne nella carriera pubblica. A ciò si aggiunge la segregazione orizzontale, con le donne sovra rappresentate in settori caratterizzati da livelli retributivi complessivamente più bassi, come il comparto istruzione e la sanità.

b) Un secondo fattore critico è rappresentato dalla maggiore incidenza di contratti part time e di altre forme di flessibilità lavorativa tra le donne. Come visto nel § 1 le donne sono impiegate con contratti part time con una frequenza doppia rispetto agli uomini nella p.a. Questo fenomeno è spesso legato alla necessità di conciliare il lavoro con responsabilità familiari e incide negativamente sulla retribuzione complessiva e sull'avanzamento di carriera delle lavoratrici. Inoltre, le donne sono sovra rappresentate nelle forme di lavoro flessibile, come la somministrazione di lavoro e il contratto a termine, che offrono minori possibilità di crescita.

c) Probabilmente il fattore più critico, ma insieme anche potenzialmente più strategico per imprimere una inversione di tendenza, è rappresentato dalla contrattazione integrativa e, in modo particolare, sembra connesso ai criteri di erogazione dalla retribuzione accessoria. La contrattazione integrativa nella p.a., infatti, ha il governo di alcune leve strategiche che possono determinare una accentuazione delle disuguaglianze di genere, ad esempio attraverso la disciplina delle progressioni economiche orizzontali, così come nella de-

terminazione dei criteri di gestione del fondo trattamento accessorio¹⁹. Su questi profili conviene allora concentrare l'attenzione per comprendere quali possono essere le criticità che si annidano nella contrattazione collettiva, specie integrativa, in grado di concorrere direttamente o indirettamente a generare differenziali di genere.

4. Luci e ombre della contrattazione collettiva nei differenziali retributivi

La contrattazione collettiva sembra giocare un ruolo determinante nella realizzazione di una effettiva parità retributiva tra uomini e donne nella settore pubblico. È la contrattazione di secondo livello, in particolare, che gestisce le progressioni economiche orizzontali, i criteri di distribuzione della retribuzione accessoria in funzione della *performance* organizzativa e della *performance* individuale ed ha, in definitiva, la capacità di incidere in modo strutturato sull'organizzazione del lavoro²⁰. Tuttavia, la contrattazione integrativa non è sempre stata efficace nel ridurre le disuguaglianze di genere e, più in generale, è da sempre resistente ad immettere criteri premiali e meritocratici nella distribuzione del salario accessorio, che potrebbero, invece, se opportunamente congegnati, esaltare le specificità del lavoro femminile e l'apporto professionale delle donne.

Scendere nelle dinamiche e nei limiti consolidati della contrattazione collettiva integrativa, anche negli sviluppi degli ultimi decenni, esula dagli scopi del presente scritto²¹. A livello teorico le politiche egualitarie che tradizionalmente connotano i trattamenti pubblici di fonte contrattuale collettiva potrebbero giocare a favore di una parità di trattamento uomo-donna. Nel settore pubblico è difficile superare l'atavica resistenza all'immissione di elementi di differenziazione retributiva basata sul merito, sulla valutazione dell'impegno individuale e sulla professionalità²². Questo elemento in realtà gioca un ruolo non secondario nell'esaltare, piuttosto che contenere come a prima vista potrebbe sembrare, alcune dinamiche di penalizzazione del genere femminile dal punto di vista dei differenziali retributivi. Ciò in quanto nelle progressioni di carriera e nei trattamenti accessori prevalgono criteri che tendono a premiare caratteristiche come l'assiduità, la presenza, la carriera, l'anzianità, che gli uomini, per ragioni anche culturali e per cause interne ed esterne al rapporto di impiego, incontrano minori ostacoli a conseguire.

¹⁹ NAVILLI, *Le risorse per la contrattazione collettiva integrativa*, in *LDE*, 2021, 4.

²⁰ MASTROGIUSEPPE, TALAMO, *Contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e concertazione sociale Stato dell'arte e prospettive*, Sinapsi, 2020, X, 1, 55 ss.

²¹ Si rinvia a RICCOBONO, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramenti, estinzione*, in *Quaderno di DLM*, 2024, n. 16, *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme*, cit. 153 ss, spec. 167 ss.; MONDA, *La dirigenza pubblica tra amministrazione e politica*, *ivi*, 363 ss.

²² LO FARO, "Premiare stanca". *La retribuzione incentivante tra riforme routinarie e limiti strutturali*, in CARUSO (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico ed oltre*, Editoriale Scientifica, 2019, 201 ss.

È vero che lo spazio di effettiva manovra della contrattazione integrativa sul fronte della articolazione dei trattamenti individuali è oggettivamente stato limitato per un lungo periodo, da un lato dalle politiche di *austerità* e congelamento dei rinnovi dei CCNL²³, dall'altro lato dalle politiche di progressivo riaccostamento e ricentralizzazione della contrattazione collettiva suggellate dal d.lgs. 150/2009²⁴. Impostazione che la successiva riforma Madia (d.lgs. 25 maggio 2017, nn. 74 e 75) ha tentato di superare rilanciando il ruolo della contrattazione collettiva e riavviando una nuova stagione di partecipazione sindacale. Ciò ha riportato la contrattazione integrativa a riacquistare un ruolo da protagonista nella configurazione del trattamento economico accessorio che potrebbe in effetti essere sfruttato in ottica di superamento del *gender gap*.

Tuttavia, a dispetto della previsione dell'art. 40, co. 3-*bis* TUIPI, che vorrebbe che le risorse della contrattazione collettiva integrativa fossero destinate ad incentivare «l'impegno e la qualità della performance, destinandovi, per l'ottimale perseguimento degli obiettivi organizzativi ed individuali il fondo trattamento accessorio», nella concreta esperienza la contrattazione collettiva ha dimostrato di esaltare poco i risultati di *performance*, specie individuale. Una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti economici accessori è stata piuttosto destinata dai CCNL a voci slegate dalle *performance* organizzativa e individuale, per essere correlata alle condizioni di lavoro e fattori come il disagio, il rischio, i turni, la gravosità delle articolazioni orarie, la reperibilità, lo svolgimento di attività implicantanti particolari responsabilità²⁵.

Inoltre, anche rispetto alla dislocazione delle risorse del fondo trattamento accessorio tra *performance* organizzativa e individuale, è stata depotenziata l'ispirazione della previsione dell'art. 19 d.lgs. 150/2009 che mirava a favorire l'immissione per via contrattuale di criteri meritocratici e premiali. La norma infatti richiede al contratto collettivo nazionale, nell'ambito delle risorse destinate al trattamento economico accessorio, di stabilire la quota delle risorse volte a remunerare la performance organizzativa e quella individuale e di fissare criteri idonei a garantire una effettiva diversificazione dei trattamenti correlati alla differenziazione dei giudizi valutativi di performance individuale. In realtà la scelta dei CCNL è stata quella di privilegiare i risultati di performance organizzativa, anziché individuale²⁶,

²³ MASTROGIUSEPPE, TALAMO, op.cit., 71 ss.; TALAMO, *Antefatti, luci ed ombre dei rinnovi contrattuali del pubblico impiego*, in *GDA*, 2018, 3, 277 ss.

²⁴ L. ZOPPOLI, *Il rapporto fra legge e contratto collettivo e il nuovo modello di relazioni "partecipate"*, in *RGL*, 2018, 3, 404 ss.; BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia*, in GARILLI, DE MARCO, BELLAVISTA, MARINELLI, RICCOBONO, NICOLOSI, GABRIELE (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la Riforma Madia*, Padova, 2018, 57 ss.; DELFINO, *I nuovi "spazi negoziali"*, in ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, 29 ss.

²⁵ NAVILLI, op. cit., 7.

²⁶ MAINARDI, op. cit., 462; BORDOGNA, BOSCATI, *La contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni italiane dopo i rinnovi dei contratti collettivi nazionali di comparto per il triennio 2016-2018, 2022*, in www.aranagenzia.it.

destinando a quest'ultima non più del 30% delle risorse complessive del fondo accessorio, indipendentemente dal comparto²⁷.

Ne deriva che nei criteri di gestione del fondo trattamento accessorio ha stentato ad affermarsi una differenziazione ancorata alla specificità degli apporti personali e alle competenze professionali, mentre risultano prevalenti criteri come la lunga anzianità e l'esperienza professionale²⁸, che penalizzano il genere femminile in quanto criteri "storici", cioè tendenti a riflettere e replicare quelle stesse disuguaglianze che occorrerebbe, invece, contrastare.

Anche i criteri di valutazione della *performance* e l'assegnazione dei premi di produttività nella p.a., come noto informati spesso a logiche meramente spartitorie la cui erogazione non presenta caratteri di vera incertezza, appaiono collegati ad una valutazione della *performance* organizzativa connotata da obiettivi molto generali, senza tenere conto delle specifiche sfide che potrebbero, ad esempio, essere utilmente legate alla promozione della parità di genere.

Una criticità riguarda anche le progressioni economiche orizzontali (PEO) che, ai sensi dell'art. 23 e 31 d.lgs. 150/2009, non potrebbero prescindere dal considerare in modo selettivo «lo sviluppo delle competenze professionali» e «i risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione»²⁹. La norma ha tentato di contrastare la criticità che si riscontrava in passato di un riconoscimento generalizzato delle PEO, dove a prevalere era il criterio dell'anzianità con conseguente scarsa selettività della misura. La disciplina legale e i CCNL hanno voluto contenere per questo motivo la rilevanza del criterio della anzianità nella valutazione della *performance* individuale. La contrattazione integrativa da parte sua ha tentato di trovare un bilanciamento tra criteri selettivi informati all'anzianità per i livelli più bassi e criteri misti, in parte basati sull'esperienza professionale maturata e in parte su titoli di studio e *performance* individuale, per i livelli più elevati³⁰.

Ne deriva che in realtà anche le PEO, che dovrebbero premiare le competenze e l'esperienza accumulata, spesso si limitano a privilegiare l'anzianità di servizio e l'esperienza professionale, piuttosto che le competenze e i meriti individuali. Il criterio dell'anzianità di servizio storicamente penalizza le donne a causa di carriere meno lineari e più frammentate dovute a interruzioni legate a responsabilità familiari o alla scelta di contratti part time. Pure l'assegnazione di incarichi di responsabilità e di posizione organizzativa, che comportano aumenti retributivi significativi, avviene spesso con scarsa selettività³¹, senza valorizzare adeguatamente le competenze acquisite o le *performance* individuali e attribuendo,

²⁷ Si rinvia a BORDOGNA, BOSCATI, op. cit., 56 ss. per una interessante ricognizione delle previsioni della contrattazione integrativa relativa alla tornata contrattuale 2016-2018.

²⁸ MAINARDI, op. cit., 453 ss.

²⁹ TALAMO, *Valutazione e contrattazione collettiva. Dal disastro verso l'ignoto*, Nuova Etica Pubblica, 2018, 10, 38 ss.

³⁰ BORDOGNA, BOSCATI, op.cit., 75 ss.

³¹ BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazioni del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *LPA.*, 2009, 1, 35 ss.; ZILLI, op. cit., 751.

piuttosto, prevalenza a criteri basati su automatismi, quali le ore di formazione maturate, l'anzianità di ruolo e i titoli di studio e la carriera.

In sintesi, nella prospettiva di genere, alcune criticità della contrattazione integrativa possono contribuire ad acuire anziché emendare il *gender pay gap* ed è su questi profili che sarebbe opportuno stimolare la sensibilità delle parti sociali nello sviluppo consapevole di una disciplina collettiva in prospettiva *gender oriented*.

Tra gli aspetti che meritano di essere sottolineati si deve menzionare anche il fatto che la contrattazione integrativa non ha contribuito all'innovazione degli inquadramenti, mentre si è concentrata prevalentemente sui profili retributivi. Lo sviluppo organizzativo e l'articolazione professionale a livello decentrato non sono stati colti come un'opportunità della contrattazione di secondo livello, a fronte di un sistema inquadramentale a livello nazionale a maglie sufficientemente larghe che, invece, permetterebbe adattamenti e politiche più coraggiose a livello decentrato³². Per fare solo un esempio la contrattazione collettiva raramente prevede meccanismi di valutazione della *performance* individuale che tengano conto della valorizzazione delle competenze trasversali, come ad esempio le competenze connesse ai ruoli di cura e genitorialità. Ci si potrebbe allora domandare se – in una visione più moderna – non sia possibile valorizzare le “competenze trasversali” o *life skills* connesse magari all'esperienza della genitorialità nell'ambito dei criteri di valutazione delle competenze utili alle progressioni o ai trattamenti retributivi accessori, contribuendo così a esaltare la specificità delle competenze del genere femminile, al di là di quelle strettamente tecniche connesse al ruolo.

Più in generale e conclusivamente può dirsi che la contrattazione di ente sembra nel complesso riflettere una cultura manageriale prevalentemente improntata ad un criterio gestionale delle risorse umane di stampo burocratico-amministrativo e orientato alla conformità normativa, poco contaminato da approcci di *human management*. Chiaro è che in un contesto così connotato i differenziali salariali di genere non trovano un terreno fertile per essere efficacemente rilevati e governati né, eventualmente, contrastati.

Alcune possibilità di sviluppo della contrattazione integrativa in questo senso dovrebbero, quindi, guardare con maggior attenzione a pratiche capaci di premiare il merito e le competenze anziché soltanto le carriere, e tenere in considerazione le peculiarità delle carriere femminili nella p.a.

Inoltre, sarebbe auspicabile innestare criteri valutativi della *performance* organizzativa o della retribuzione accessoria legati alla valorizzazione dei ruoli genitoriali di cura oppure a indicatori prestazionali (KPI) misurabili *gender oriented* da definire contrattualmente. Si dovrebbero inoltre auspicabilmente elaborare criteri di valutazione delle posizioni organizzative e degli incarichi di responsabilità legati maggiormente ai risultati ottenuti in termini di pari opportunità.

³² MASTROGIUSEPPE, TALAMO, op. cit.

Sarebbe, cioè, vantaggioso spostare il *focus* della contrattazione dalla componente strettamente salariale a quella dell'innovazione organizzativa, favorendo pratiche promozionali della coesione sociale interna e di valorizzazione della *diversity*. In tale contesto merita sicuramente attenzione la proposta di esplorare forme di progressiva responsabilizzazione delle pp.aa. anche mediante il riconoscimento di maggiori gradi di autonomia alle pp.aa. virtuose, magari adottando una sorta di *ranking* di premialità³³.

5. Dall'approccio procedimentale all'approccio gestionale-organizzativo alla parità di genere: strategia, misurazione, impatto

Il Bilancio di Genere redatto dalla Ragioneria generale dello Stato per il 2022 fornisce informazioni sulle spese della p.a. riclassificate in base al genere³⁴. Soltanto poche amministrazioni hanno previsto sistemi di monitoraggio delle spese corredati di dati e indicatori per genere. Pochissime amministrazioni hanno realizzato analisi di genere di contesto e/o di impatto potenziale delle politiche.

Nel 2022 soltanto lo 0,41% della spesa è stata diretta a ridurre le disuguaglianze di genere (in diminuzione dello 0,16 rispetto all'anno precedente), si tratta di spese prevalentemente destinate ad asili nido, doposcuola, centri estivi, formazione e cultura di genere. L'84,7 % della spesa pubblica è neutrale rispetto al genere, mentre il 15,0 % della spesa è sensibile al genere e riguarda principalmente le politiche di previdenza, assistenza, lavoro e immigrazione. Questi dati confermano l'impressione che nella p.a. tenda a prevalere un approccio procedimentale alla parità e sia carente una vera e propria programmazione strategica. Anche in ragione della numerosità delle previsioni in materia (v. *retro* § 2), le pp.aa. sono sottoposte a un carico procedurale rilevante, ma poco efficace in termini di risultato³⁵. L'attenzione appare spostata sul piano dell'adempimento burocratico *ex ante*, e poco orientata ad una compiuta valutazione degli effettivi impatti e alla misurazione *ex post* dei risultati delle azioni.

Per ridurre in modo significativo il *gender pay gap* nella p.a. sarebbe necessario diffondere un approccio più marcatamente gestionale e organizzativo alla parità di genere. Questo significa che l'equilibrio di genere deve essere integrato nelle strategie e negli obiettivi istituzionali delle amministrazioni e governato con strumenti organizzativi manageriali appropriati³⁶, focalizzati sulla definizione di obiettivi, sul controllo costante delle azioni e sulla valutazione periodica dei risultati e degli impatti.

³³ Per interessanti spunti in questa direzione MASTROGIUSEPPE, TALAMO, op. cit., 78.

³⁴ Al netto delle spese del personale, la spesa impegnata complessivamente nel 2022 ammonta a 992,4 miliardi.

³⁵ D'ONGHIA, op. cit.; D'ALTERIO, *Pubblica amministrazione e parità di genere: stato dell'arte e prospettive*, in *RTDP*, 2023, 2, 787 ss.

³⁶ A. ZOPPOLI, *Sul nocciolo duro (ma incompiuto) della "privatizzazione" del lavoro pubblico*, in *Quaderno di DLM*, 2024, n.

Ciò implica adottare politiche e strategie basate sulla fissazione di obiettivi chiari e misurabili, predisporre alla implementazione di sistemi di verifica e *audit* regolari, che permettano di verificare l'effettivo impatto delle politiche di parità, onde adottare eventuali azioni correttive e riesaminare politiche e strategie in ottica di miglioramento continuo.

È questo, d'altra parte, l'approccio sottostante alla certificazione della parità di genere istituita dalla l. n. 162/2021 e declinato dalla Uni PdR 125:2022 come nuova tecnica di promozione della parità di genere³⁷, molto diffusa ormai nel settore privato. In modo speculare il settore pubblico si è dotato di uno strumento analogo con le «Linee guida sulla parità di genere nell'organizzazione e Gestione del rapporto di lavoro con le Pubbliche amministrazioni» (2022) emanate di concerto dalla Funzione Pubblica e dal Dipartimento delle pari opportunità dalla Presidenza del Consiglio³⁸. Le Linee guida intendono accompagnare le amministrazioni ad adottare «modalità organizzative che favoriscano la partecipazione femminile nello sviluppo professionale e con particolare attenzione all'accesso ai ruoli apicali, ambito in cui – secondo l'evidenza empirica – si concentra il maggiore squilibrio». La metodologia delle Linee guida è mirata a creare un sistema di gestione della parità nelle pubbliche amministrazioni, elevandone il livello di *accountability* sulle politiche di genere. Il sistema accoglie l'approccio ciclico tipico dei modelli di gestione che prende le mosse da un preliminare *assessment* (autovalutazione) della situazione rispetto ad una “*check-list*” di misure e aree di intervento prioritarie identificate dalle stesse Linee guida. Questo metodo favorisce la messa a fuoco da parte della singola amministrazione delle criticità e delle aree di miglioramento, che guideranno alla definizione di politiche e strategie da adottare, rispetto alle quali le Linee guida forniscono suggerimenti pratici. La *check-list* focalizza l'attenzione sui processi sensibili, quali le procedure di reclutamento e selezione, la promozione di una cultura manageriale di genere, la definizione di adeguati presidi organizzativi e strumenti di *governance* e lo sviluppo delle carriere e della crescita professionale bilanciata per genere. In tale sistema integrato di azioni un ruolo essenziale è riconosciuto alla trasparenza e alla comunicazione interna ed esterna. La cultura della misurazione rappresenta in effetti uno snodo essenziale di qualsiasi approccio organizzativo gestionale alla parità.

Per quanto riguarda il contrasto al *gender pay gap* la trasparenza salariale è uno strumento cruciale per individuare e correggere le disuguaglianze retributive³⁹. A tal riguardo, d'altro canto, sono disponibili e già contemplati dalla normativa vigente il Bilancio di genere (art. 10, d.lgs. 150/2009 e Direttiva 23 maggio 2007) e lo stesso Piano Integrato di Attività e Organizzazione (PIAO) che dovrebbe opportunamente incorporare dati di *performance* in tema di pari oppor-

16, *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme*, a cura di GARGIULO e L. ZOPPOLI, 67 ss.

³⁷ Si consenta il rinvio a CIUCCIOVINO, *La certificazione di parità di genere*, in *Annuario del lavoro*, Arti Grafiche La Moderna, 2023, 243 ss.

³⁸ Spinelli, *Parità di genere e contrasto alla violenza sulle donne: nuove sfide per il manager pubblico*, in *Quaderno di DLM*, 2024, n. 16, *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme*, cit., 467 ss.

³⁹ GUARRIELLO, *Rendere trasparenti le politiche del personale aiuta a risolvere il gender pay gap?*, in *LD*, 2023, I, 29 ss.

tunità ed equilibrio di genere. Tuttavia, ad oggi, solo poche amministrazioni pubbliche hanno adottato sistemi di monitoraggio efficaci, corredati di indicatori di genere chiari e accessibili. L'obbligo di fornire informazioni periodiche sul divario retributivo di genere e sulle componenti variabili della retribuzione è un passo indispensabile verso una maggiore trasparenza. Un passaggio importante in questa direzione sarà rappresentato dal recepimento della Dir. 970/2023/UE sulla trasparenza salariale⁴⁰. La Direttiva richiede ai datori di lavoro, anche pubblici, di fornire dati disaggregati per genere sulle retribuzioni e sulle componenti variabili, e di condurre una valutazione congiunta in caso di differenze retributive superiori al 5% per una determinata categoria professionale. La finalità della Direttiva è quella di promuovere la trasparenza e la confrontabilità tra posizioni lavorative di “pari valore”. A tal fine gli Stati membri assicurano strumenti o metodologie di analisi facilmente accessibili per sostenere e guidare la valutazione e il confronto del valore del lavoro. Ciò implicherà per le parti sociali la costruzione di sistemi di valutazione e classificazione professionale neutri sotto il profilo del genere, tenendo conto di una molteplicità di criteri, quali le competenze, l'impegno, le responsabilità e le condizioni di lavoro, nonché qualsiasi altro fattore pertinente al lavoro o alla posizione specifici, ivi incluse le competenze trasversali. Tutto ciò dovrebbe fungere da elemento di stimolo per un'innovazione anche dal punto di vista della contrattazione collettiva deputata a definire le classificazioni professionali e i criteri di valutazione della *performance*.

Le dimensioni della trasparenza retributiva previste dalla Direttiva sono essenzialmente tre. Innanzitutto, il diritto di informazione a livello individuale, esercitabile anche a mezzo dei rappresentanti sindacali, sulle condizioni retributive individuali e sui livelli retributivi medi, ripartiti per sesso, a parità di lavoro o per un lavoro di pari valore. In secondo luogo, è previsto un dovere di informazione periodica avente ad oggetto il divario retributivo di genere sotto diverse dimensioni. Infine, è previsto un obbligo di valutazione congiunta a livello sindacale nelle ipotesi in cui il differenziale retributivo medio rilevato si attesti a un livello superiore al 5% in una qualsiasi categoria di lavoratori.

La Direttiva contribuisce così alla diffusione di una consapevolezza diffusa e costante dei differenziali retributivi articolati per livelli in una ottica multidimensionale.

È possibile allora che grazie alla nuova stagione dei diritti di trasparenza, di cui la Direttiva rappresenta un tassello, risulti favorito quel passaggio culturale necessario alla presa in carico del problema del *gender gap* da parte delle parti sociali e del *management* pubblico in una rinnovata prospettiva di innovazione organizzativa che stenta purtroppo ancora ad affermarsi.

⁴⁰ VALENTE, *Il lavoro delle donne, ieri ed oggi. Dall'accesso al mercato del lavoro alla direttiva Ue sulla trasparenza salariale*, in *q. Riv.*, 2024, 1, 61 ss.; MEZZACAPO, *L'effettività della normativa antidiscriminatoria e la Direttiva 2023/970/UE in materia di trasparenza retributiva uomo/donna*, in *LPO*, 2023, 5-6, 332 ss.

A proposito del danno da perdita di *chance* nel diritto del lavoro pubblico*

About loss of chance damage in the public sector

Lorenzo Maria Dentici

Ricercatore confermato e professore aggregato di Diritto del lavoro nell'Università di Palermo.

SOMMARIO: 1. Premessa: l'occasione, il ricordo e il metodo. – 2. Il danno da perdita di *chance* nel diritto del lavoro pubblico. – 3. L'*onus* probandi e la natura del danno risarcibile. – 4. Dai principi al caso concreto: un diritto pretorio. – 5. Alla ricerca di coordinate affidabili. – 6. Profili fiscali del danno da perdita di *chance* nel rapporto di lavoro.

Sinossi: Il saggio prende in esame la fattispecie del risarcimento del danno da perdita di *chance* nel pubblico impiego, segnalando come questo sia uno degli istituti in cui si apprezza la relazione complessa tra diritto civile e diritto del lavoro. Attraverso un'analisi della giurisprudenza di legittimità e di alcune decisioni di merito, l'Autore mette in luce numerose criticità applicative soprattutto in ordine all'assenza di criteri univoci per la sua quantificazione.

Abstract: *The essay examines the case of compensation for loss of chance in public sector, that shows the complex relationship between civil and labor law. Analyzing case law (both by Supreme Court, and Tribunals and Courts of Appeal) the Author highlights the most critical application issues, especially with regard to the absence of unambiguous criteria for the quantification of the damage.*

Parole chiave: danno da perdita di *chance* – pubblico impiego – natura – onere della prova – trattamento fiscale

Key Words: *loss of chance damage – public sector – nature – burden of proof – tax system*

* Di prossima pubblicazione in *Scritti in memoria di Mario Napoli*. Il saggio costituisce il testo della relazione tenuta al Convegno nazionale Agi 2024 «...Fondata sul lavoro» (Roma, 3-5 ottobre 2024) al *workshop* 4 su «La responsabilità della P.A. e dei suoi dipendenti».

1. Premessa: l'occasione, il ricordo e il metodo

Ho avuto il privilegio di conoscere Mario Napoli durante il mio periodo di formazione *post lauream* nel corso di Dottorato di ricerca in Diritto dell'impresa presso l'Università di Palermo, da me frequentato tra il 2001 il 2003.

Negli anni del percorso formativo si sono avvicinati nel Dipartimento di diritto privato generale dell'Ateneo palermitano i migliori studiosi del diritto civile, del diritto del lavoro e del diritto commerciale.

Tra questi rimasi particolarmente colpito dalla personalità sobria e autorevole di un autentico Maestro del diritto del lavoro, con la cui scuola gli studiosi palermitani hanno sempre coltivato proficui rapporti di collaborazione umana e scientifica, coronati nella pubblicazione di due volumi: il primo dedicato al lavoro a tempo determinato nella prospettiva europea e comparata¹ e il secondo a un cruciale snodo della riforma del lavoro pubblico². Durante gli anni di formazione post-universitaria e nel corso della successiva collaborazione scientifica, vi è sempre stata un'autentica affinità con la scuola dell'Università cattolica del Sacro Cuore e con tutti gli allievi del Maestro; di tale legame ancor oggi faccio tesoro per la ricchezza scientifica e soprattutto umana.

Anche negli anni successivi al dottorato, Mario Napoli ha continuato ad animare i ricchissimi seminari dottorali.

E in tali contesti, nel 2007 rimasi colpito da una sua magistrale lezione su «Autonomia e specialità del diritto del lavoro»: una straordinaria sintesi di profondità di pensiero e di lucidità³.

Mario Napoli rivendicò con la schiettezza che gli era propria – ma con altrettanta fermezza – come precisa linea metodologica l'impossibilità di postulare una sudditanza (declinabile nei termini di un rapporto tra diritto primo e diritto secondo) tra diritto civile e diritto del lavoro. E anzi assecondò delle due materie una visione osmotica e biunivoca, fatta di reciproci e arricchenti travasi.

Come sovente accadeva nei suoi scritti, Mario Napoli prese le mosse da un passo di Luigi Mengoni, tratto da un saggio apparso sul *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* nel 1990⁴, avente ad oggetto proprio l'influsso reciproco tra diritto civile e diritto del lavoro.

¹ GARILLI, NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2003.

² GARILLI, NAPOLI (a cura di), *Commentario al d.lgs. n. 150/2009, c.d. "Riforma Brunetta"*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, poi pubblicata nel volume NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Cedam, 2013.

³ La lezione di NAPOLI è stata pubblicata successivamente in PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle discipline di settore*, Giuffrè, 2008, 253 con il titolo *Autonomia e specialità del diritto del lavoro*.

⁴ MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *DLRI*, 1990, 5 ss.

Qui si osservava: «il Diritto del lavoro si è staccato dal diritto civile, ha uno spirito proprio che gli conferisce un'autonoma ragion d'essere, ma non è autosufficiente: infrastrutture e snodi gli sono forniti dal diritto civile. In questo senso un'autorevole civilista tedesco ha paragonato la dogmatica del diritto del lavoro alle vecchie carte geografiche, nelle quali comparivano qua e là delle macchie bianche (con la scritta: *bic sunt leones*)».

Il richiamo a Luigi Mengoni è funzionale a delineare un ruolo paritario per il diritto del lavoro, declinabile, nel rapporto con il diritto civile, più in termini di specialità/generalità, rispetto alle limitanti categorie del diritto primo/diritto secondo, che annettono giocoforza una valutazione di tipo assiologico, con conseguente perdita di autonomia scientifica del diritto del lavoro, rispetto al più ampio diritto civile.

Il rifiuto di questa prospettiva porta Mario Napoli a rimarcare che, pur essendo il diritto del lavoro, almeno nella sua dimensione di regolazione dei rapporti di lavoro, parte integrante del diritto civile, la relazione con quest'ultimo si articola in termini di reciprocità.

Perché, se è vero che è il primo trae da secondo il metodo e le infrastrutture logiche, è altrettanto incontestabile che il diritto del lavoro sia stato un terreno di elezione (spesso una vasta prateria, ubicata in prossimità delle aree più periferiche del diritto dei privati), ove alcuni istituti del diritto civile hanno sviluppato nuove e inattese prospettive. Sicché le soluzioni proprie del diritto del lavoro hanno finito per proiettare la loro spinta innovativa sulle stesse categorie civilistiche⁵, talora con soluzioni difficilmente metabolizzate dal civilista *tout court*.

2. Il danno da perdita di *chance* diritto del lavoro pubblico

La scelta del tema nasce pertanto da questa chiara consapevolezza, tributaria del magistero di Mario Napoli: il diritto del lavoro è un diritto speciale che, pur mutuando le categorie civilistiche, fornisce a queste ultime ampi spazi applicativi e la possibilità di sviluppare feconde soluzioni creative.

In questo contesto mi concentrerò su un istituto, quello del risarcimento del danno da perdita di *chance*. Si tratta di nozione di matrice civilistica⁶, che trova proprio nel diritto del lavoro (e per quel che qui interessa in particolare nel lavoro pubblico privatizzato) lo spazio per sviluppare le sue molteplici potenzialità.

Il ristoro della *chance* perduta è un profilo specifico della responsabilità risarcitoria della p.a.

⁵ Paradigmatico è il travaso dal diritto del lavoro al diritto civile in materia di tutela della riservatezza, su cui RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, seconda edizione, Il Mulino, 2021, ma già ID., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, 1973.

⁶ Da ultimo, sul tema MEZZANOTTE, *La valutazione equitativa del danno*, Giappichelli, 2022; TASSONE, *Causalità e perdita di chance*, Giappichelli, 2020; più risalente, CHINDIEMI, *Il danno da perdita di chance*, seconda edizione, Giuffrè, 2010.

Esso copre infatti l'area in cui non è possibile dare luogo al risarcimento in forma specifica, attesa la mancanza di certezza in ordine al conseguimento del bene della vita atteso. La liquidazione del danno da perdita di *chance* rientra, quindi, nel perimetro delle tutele accordabili dal giudice del lavoro che, ai sensi dell'art. 63, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, «adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati (...)». Con un orientamento pressoché univoco, la Suprema Corte ha sempre ribadito che la *chance* persa, per essere fonte di danno risarcibile da parte del datore di lavoro, deve consistere in una «concreta» ed «effettiva» «occasione favorevole di conseguire un determinato bene»⁷.

Viene così in rilievo «non tanto il bene della vita di volta in volta originariamente ambito dal prestare di lavoro», quanto «l'ingiusta lesione al diritto di sfruttare al meglio tutte le potenzialità ed i propri mezzi per conseguire un determinato vantaggio futuro»⁸.

Ne consegue che il sacrificio della possibilità di conseguire il bene della vita da parte del lavoratore va accertato secondo criteri meramente probabilistici; permane infatti incertezza sulla realizzazione della situazione giuridica, cui il primo ambisce e rispetto alla quale la condotta contraria correttezza e buona fede da parte della p.a. si pone come condizione ostativa.

Pertanto «vi può essere tutela della *chance* perduta soltanto ove è ragionevole affermare che, se il datore di lavoro avesse esercitato legittimamente i poteri unilaterali che l'ordinamento gli riconosce – e cioè attenendosi ai limiti ed alle prescrizioni legali, operando secondo buona fede e correttezza, nonché senza realizzare alcuno sviamento funzionale degli stessi poteri – allora, il lavoratore avrebbe “potuto” (...) conseguire il bene della vita od il diritto atteso che gli è stato ingiustamente negato»⁹.

A titolo esemplificativo, nel rapporto di pubblico impiego contrattualizzato l'azione di chi chieda l'accertamento del suo originario diritto di essere prescelto al fine di ottenere la ricostruzione della carriera e, in subordine, il ristoro del danno per la perdita della possibilità di essere nominato – una volta che sia impossibile ottenere il posto per fatti impeditivi sopravvenuti – ha natura, nel primo caso, di azione di risarcimento del danno in forma specifica e, nel secondo, di azione di risarcimento per perdita di *chance*.

⁷ Cass. 14 marzo 2017, n. 6488; Cass., sez. un., 26 gennaio 2009, n. 1850 in *Dejure*. In dottrina MAIO, *La perdita di chance nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, in *ADL*, 1, 2018, 101 il quale osserva che la risarcibilità della *chance* (...) è tutt'ora l'unica risposta giudiziale in qualche misura pertinente rispetto ad una richiesta, che evidentemente i giudici rilevano dalla società. Richiesta di garantire un congruo spazio di tutela anche per tutte le situazioni nelle quali il lavoratore, pur dimostrando l'uso illegittimo, sviato od arbitrario dei poteri unilaterali del datore di lavoro, ed a dispetto della frustrazione e del decremento delle possibilità di affermare le proprie legittime aspettative e speranze, nondimeno, il più delle volte, non può rivendicare con effettive possibilità di successo una qualche pretesa ripristinatoria e neppure un risarcimento in forma specifica», così, 110; TASSONE, *La perdita di chances fra diritto civile e diritto del lavoro*, in *MGL*, 4, 2020, 1029.

⁸ MAIO, op. cit., 102-103.

⁹ MAIO, op. cit., 103.

Invero, il partecipante a procedure concorsuali o selettive è titolare solo di un diritto soggettivo all'effettivo e corretto svolgimento delle operazioni valutative e ha una duplice alternativa: a) può esercitare l'azione di esatto adempimento, al fine di ottenere la ripetizione della valutazione; b) può agire per il risarcimento del danno da perdita di *chance*. Il giudice, infatti, non può in alcun modo sostituirsi al datore di lavoro quanto alle valutazioni discrezionali sovvertendo l'esito della selezione, eccetto nell'ipotesi limite che la procedura selettiva sia la risultante di criteri fissi e predeterminati, ai quali il datore di lavoro pubblico abbia vincolato la propria discrezionalità. In tal caso il giudice attribuisce il punteggio in maniera fissa al ricorrere di un titolo o di un presupposto fattuale, di cui si deve solo accertare o meno l'esistenza, senza esercizio della discrezionalità¹⁰.

Poste tali premesse, la *chance* è dunque un'entità patrimoniale suscettibile di autonoma valutazione: deve però essere concreta ed effettiva, non meramente teorica e ipotetica¹¹.

Il danno da perdita di *chance* si verifica allora tutte le volte in cui un soggetto perde la possibilità di conseguire un risultato utile a causa dell'adozione di un atto illegittimo (non conforme a correttezza e buona fede) da parte della p.a., con riflessi negativi sulla propria sfera patrimoniale.

Sono molti i campi in cui l'infrastruttura logico-giuridica della risarcibilità della *chance* perduta è alla base delle argomentazioni della giurisprudenza. Si va da quello del dipendente arbitrariamente pretermesso in una procedura di conferimento di incarico dirigenziale o di una posizione organizzativa¹², fino all'esclusione dalla partecipazione a un concorso per l'assunzione, alla mancata stabilizzazione nel caso di lavoratori precari¹³ o alla mancata erogazione della retribuzione collegata alla *performance* per mancata fissazione degli obiettivi¹⁴ o per omessa istituzione del nucleo di valutazione¹⁵. Rileva infine la responsa-

¹⁰ Cass. 4 aprile 2023, n. 9242 in *Dejure*. Come osserva MAIO, op. cit. 103, «se il lavoratore può dimostrare che l'inadempimento datoriale gli ha precluso una promozione altrimenti certa – come è nel caso in cui la selezione interna a punteggio c.d. vincolato risulta falsata dalla omessa considerazione di requisiti o titoli documentali o da un errato calcolo matematico del risultato – non c'è spazio per la tutela delle *chances*». Qui il danno è integrale. In giurisprudenza Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21671 in *Dejure* materia di mancato conferimento all'incarico dirigenziale causato dalla mancata attribuzione di un punteggio fisso. Diversamente, la categoria della *chance* centrale tutte le volte in cui sia preclusa la partecipazione ad una procedura selettiva e quindi non venga incluso il candidato nella valutazione comparativa sulla scorta della quale si determina il vincitore.

¹¹ La fattispecie ha finito poi per sconfinare nei settori delle gare pubbliche e in quello della responsabilità medica, tanto da costituire oggi una delle aree in cui è più apprezzabile l'osmosi tra diritto civile e diritti del lavoro (in particolare pubblico).

¹² Cass. 5 dicembre 2023, n. 33964 in *Dejure*.

¹³ Cass., 8 luglio 2024, n. 18568 in *Dejure*. Da segnalare che è stato pubblicato nella G.U.R.I. n. 217 del 16 settembre 2024 il d.l. 16 settembre 2024, n. 131, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano» (c.d. *Decreto salva infrazioni*). Per quel che qui rileva, con l'art. 12 del Decreto, il Governo è intervenuto proprio per adeguare la disciplina dei contratti a termine nella p.a. alle indicazioni ripetutamente pervenute dalla Commissione Europea. Con una modifica dell'art. 36, commi 3, 4 e 5, d.lgs. 165/2001, in caso di abuso nell'utilizzo del contratto a termine, è stato previsto che il dipendente abbia diritto di richiedere un'indennità risarcitoria ricompresa tra 4 e 24 mensilità dell'ultima retribuzione utile per il calcolo del TFR. Resta salva la possibilità per il lavoratore di provare il c.d. «maggior danno».

¹⁴ Cass., 4 marzo 2024, n. 5746 in *Dejure*.

¹⁵ Cass., 27 maggio 2015, n. 10969 in *Dejure*.

bilità della p.a. a seguito di annullamento in autotutela di un concorso con conseguente retrocessione del dipendente per fatto imputabile al datore di lavoro pubblico, quale fonte di un possibile risarcimento di natura extracontrattuale (nella specie, precontrattuale)¹⁶.

3. L'onus probandi e la natura del danno risarcibile

Si è detto sopra che l'impianto logico da cui muove la costruzione dell'istituto del risarcimento del danno da perdita di *chance* è imperniato su un criterio di tipo probabilistico. Questa caratteristica strutturale della *chance* ne condiziona anche la dimensione giuridica, in particolare per quanto riguarda l'onere della prova gravante *ex art.* 2697 c.c. sul lavoratore, che agisca in giudizio per fare valere la propria pretesa risarcitoria.

Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità sono abbastanza consolidate. Infatti, il lavoratore pubblico (o l'aspirante tale) deve provare - anche solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità - che la condotta illecita della p.a. abbia impedito la concreta realizzazione di alcuni dei presupposti per conseguire il bene della vita cui egli ambiva.

Il prestatore di lavoro deve, quindi, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra l'asserito inadempimento e la perdita del risultato atteso. Quest'ultimo, in considerazione della posizione degli altri concorrenti, si deve apprezzare in termini di "certezza" (per quanto riguarda la domanda di tutela in forma specifica), ovvero in termini di "alta probabilità" (per il risarcimento per perdita di *chance*)¹⁷.

In caso di assolvimento di detto onere, può essere riconosciuto un risarcimento quantificato in via equitativa *ex art.* 1226 c.c.¹⁸, in assenza di risultanze certe che, se la p.a. avesse agito in modo corretto e completo, il risultato sarebbe stato ottenuto.

Pertanto, *ex se*, la *chance* appartiene già al patrimonio del danneggiato secondo un criterio ipotetico, di alta probabilità e appare suscettibile di autonoma valutazione economica; il che rende la *chance* non un'aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante¹⁹. Tale assunto consente di superare antiche obiezioni che vedevano nella *chance* una lesione meramente potenziale di difficile palpabilità, tanto da vederla relegata ai confini nel

¹⁶ Cass., 10 agosto 2019, n. 21528 in *Dejure*.

¹⁷ Sul punto la recentissima Cass. 23 settembre 2024, n. 25442 (in *Dejure*) che parimenti si esprime in termini di «elevata probabilità, prossima alla certezza».

¹⁸ Come osserva MEZZANOTTE, op. cit., 16: «intendere l'articolo 1226 c.c. Come particolare espressione dell'«equità normativa» (...) consente (...) di escludere ogni sovrapposizione quale tra l'attività valutativa che a questa regola è sottesa e quel particolare giudizio «secondo equità» che trova invece principale fondamento nell'art. 114 c.p.c., insieme ad altre rilevanti precetti del codice di rito come gli artt. 113, comma 2 e 822». Per tale secondo, profilo VECCHIONE, *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Utet, 1960, 635.

¹⁹ Cass., sez. un., 26 gennaio 2009, n. 1850 in *Dejure*.

discorso sulla responsabilità civile del datore di lavoro, appunto quale mera aspettativa di fatto.

Ma da tempo la dottrina civilistica ha abbandonato la categoria del diritto soggettivo quale unica possibile origine di un danno risarcibile, abbracciando una nozione più ampia di risarcibilità di interessi in genere meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, ivi compresi gli interessi legittimi²⁰. Si tratta in sostanza di quelle che la dottrina giuslavoristica ha indagato circa quarant'anni fa, ascrivibili al novero delle cosiddette posizioni strumentali del prestatore di lavoro subordinato²¹.

Perché chi si sia visto escluso da una selezione, ad esempio, non tutela una mera aspettativa, ma una precisa situazione giuridica che già preesisteva nel suo patrimonio, come possibilità di esito positivo di quella procedura, a prescindere dall'alea connessa allo svolgimento delle operazioni valutative.

Assunta tale prospettiva, la partita risarcitoria va ascritta al cosiddetto danno emergente, non già al lucro cessante, che potrebbe essere invece invocato nel caso di certezza circa il conseguimento del risultato utile, atteso che il patrimonio del lavoratore ricomprende anche la mera possibilità di conseguire risultati economicamente vantaggiosi.

Donde la necessità di valutare se la *chance* di ottenere quel bene ambito sia astratta ovvero concreta. Il che può avvenire solamente attraverso il ricorso al criterio del "più probabile che non", in presenza di allegazioni e prove analitiche e trasparenti²².

Si è anche affermato che la perdita della *chance* ponga un problema di causalità come ogni illecito aquiliano, anche se «non ci sono dubbi che la perdita di *chance* non si risolve esclusivamente sul piano della causalità»²³.

Sulla scorta della giurisprudenza di legittimità²⁴ la dottrina ha elaborato un catalogo di condizioni che devono ricorrere per la risarcibilità del danno di cui si discute: a) una condotta colpevole all'agente (per quel che qui rileva la p.a.); b) un evento di danno; c) un nesso di causalità tra condotta ed evento; d) una o più conseguenze dannose patrimoniali o non patrimoniali; e) un nesso di causalità tra l'evento e le conseguenze dannose.

Un catalogo che – al di là delle superfetazioni logico-giuridiche – si risolve essenzialmente nella precisa individuazione di «un punto di inizio (la condotta colpevole dell'autore) e

²⁰ Emblematica, in proposito, Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *FI*, n. 11, 1999, 3212 con nota di FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*; in *GC*, 6, 1999, 4045 con nota di SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile: Corte Cass., sez.un., 22 luglio 1999 n. 500*.

²¹ ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Giuffrè, 1988.

²² È significativo che l'economista John Mainard Keynes parlasse del significato di *chance* accostandolo all'idea di *randomness*. Infatti, precisava che la naturale interpretazione della *chance* fosse soggettiva, qualificando la chance come la misura della nostra ignoranza (*measure of our ignorance*). Sul punto KEYNES, *A Treatise on Probability*, Macmillan and co., 1921, 328.

²³ FRANZONI, *Ancora su un danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *RCP*, 4, 2021, 1081.

²⁴ Cass., 11 novembre 2019, n. 28993 in *Dejure*.

un punto finale (l'evento di danno, momento terminale dell'azione da qualificarsi come danno ingiusto»²⁵.

4. Dai principi al caso concreto: un diritto pretorio

I richiamati principi giurisprudenziali, abbastanza ricorrenti, lasciano però ampi spazi alla discrezionalità del giudice di merito sia sul perimetro dell'onere della prova, sia in punto di quantificazione della partita risarcitoria. Egli procede per lo più con un approccio casistico, non sempre funzionale alla certezza del diritto.

L'onere della prova è stato - come si è detto - declinato dalla giurisprudenza di legittimità, a monte, mediante il rinvio a nozioni ampie (ma prive di contenuto concreto), con notevoli incertezze nell'applicazione a valle.

È opportuno, quindi, mettere ordine tra i vari ambiti in cui la perdita di *chance* costituisce l'unica tecnica di tutela del soggetto leso da un comportamento non corretto della p.a., sia nella fase dell'accesso al lavoro, sia nel corso del rapporto. E ciò cercando di riannodare i fili di una giurisprudenza di merito non esente da distonie, soprattutto per la segnalata assenza di parametri affidabili, declinati dalla Suprema Corte mediante il rinvio a nozioni volutamente ampie.

Proverò pertanto ad illustrare alcuni casi in cui la giurisprudenza di merito si è confrontata con il tema della perdita di *chance* e con le questioni più concrete in tema di onere della prova e quantificazione del danno.

Un primo gruppo di decisioni a riguarda il conferimento degli incarichi di posizione organizzativa e degli incarichi dirigenziali. La disciplina dei primi espressamente demandata alla contrattazione collettiva, mentre i secondi trovano la loro fonte e gli articoli 19 e ss. del d.lgs. 165/2001.

Così, ad esempio, Tribunale di Arezzo nel 2020 ha chiarito un principio consolidato secondo cui le posizioni organizzative si configurano come specifici incarichi, di carattere fiduciario, attribuiti sulla base di una valutazione necessariamente discrezionale. Cosicché il lavoratore che intenda contestare la legittimità della procedura di conferimento «può esercitare l'azione di esatto adempimento, volta ad ottenere la ripetizione della procedura, ovvero chiedere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, offrendone la relativa prova, mentre in nessun caso il giudice può sostituirsi all'amministrazione nel compimento della scelta»²⁶.

In questo caso, però, il giudice rigetta il ricorso, affermando che l'unica domanda astrattamente possibile fosse quella di risarcire alla parte la *chance* perduta per violazione dei ca-

²⁵ FRANZONI, op. cit., 1081-1082.

²⁶ Trib. Arezzo, 12 febbraio 2020, n. 65 in *LPA*, 3, 2020, 227 con nota di MIEDICO, *Il conferimento di incarichi di posizione organizzativa tra discrezionalità e perdita di chance*.

noni di correttezza e buona fede, mentre erroneamente la parte – peraltro in modo assertivo e sfornito di prova – aveva chiesto un importo corrispondente all’integrale trattamento retributivo connesso alla posizione richiesta e il danno subito per il mancato conferimento. Il giudice precisa a questo proposito che il ricorso si presentava del tutto carente di allegazioni in ordine alla violazione dei canoni di correttezza e buona fede, precisando la situazione lamentata dal lavoratore si sarebbe potuta verificare, a titolo esemplificativo, qualora il datore di lavoro, nel bando relativo alla p.o., avesse inserito una clausola attributiva di un punteggio aggiuntivo per l’anzianità di servizio o per il possesso di una determinata certificazione professionale, disattendendo poi tale previsione in sede di scelta.

Osserva altresì che i candidati risultati vincitori erano stati preferiti sulla base della specifica formazione professionale richiesta dai posti messi a concorso e che tale scelta era insindacabile da parte dell’autorità giudiziaria.

Peraltro, la decisione muove dall’assunto che sia insufficiente paragonare il *curriculum* di parte ricorrente con quello del vincitore, considerato che sarebbe necessario prendere in considerazione le posizioni di tutti gli altri partecipanti non scelti dall’amministrazione all’esito delle operazioni valutative.

Il datore di lavoro resta tenuto al rispetto dei criteri indicati dalle fonti contrattuali e dei principi generali di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 c.c. e 1375 c.c., che declinano *in subiecta materia* i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost. Ma la loro applicazione – a dire del giudice aretino – non determina alcun automatismo nella scelta, che rimane ancorata alla discrezionalità del datore di lavoro pubblica; quest’ultima è, comunque, temperata normalmente dagli oneri motivazionali previsti dalla contrattazione collettiva nel settore pubblico.

Analogamente alla posizione a quella del giudice aretino è anche rinvenibile in una recente sentenza della Corte di appello di Palermo (confermativa della sentenza di primo grado²⁷) in materia di attribuzione degli incarichi di posizione organizzativa presso l’Agenzia delle entrate²⁸.

Anche in questo caso la Corte distrettuale precisa che è onere del lavoratore pretermesso allegare e provare che la condotta della p.a. abbia determinato la perdita di una “più che concreta” possibilità di conseguire il vantaggio prospettato.

La Corte dilata – ed è questo un profilo denso di criticità - in modo ampio il perimetro dell’*onus probandi*, in quanto non ritiene sufficiente la comparazione del *curriculum* dell’aspirante con quello del lavoratore risultato vincitore. Richiama, diversamente, la necessità di operare la corretta comparazione tra tutti gli altri candidati all’incarico, spiegando che la valutazione con elevata probabilità prossima alla certezza avrebbe condotto all’assegnazione in suo favore.

²⁷ Trib. Palermo, 4 ottobre 2029, n. 3463, inedita.

²⁸ App. Palermo, 23 giugno 2022, n. 737, inedita.

Pertanto, la Corte ne estende il perimetro rendendo il relativo assolvimento di improbabile praticabilità in concreto, soprattutto se alla procedura di conferimento di incarico di p.o. ha partecipato una vasta pluralità di candidati. Infatti, la Corte – pur dando della circostanza che la lavoratrice aveva assolto l'onere con riferimento al vincitore – tuttavia stigmatizza la mancata estensione di questa valutazione anche agli altri lavoratori in posizione deteriore. Invero la Corte d'appello di Palermo richiama principi abbastanza tratteggiati nella giurisprudenza di merito, sulla cui correttezza però occorre effettuare un esame critico.

Ora, se è vero – come sopra chiarito – che quello che fonda il risarcimento della perdita di *chance* è un giudizio di tipo probabilistico, deve ritenersi sommessamente che l'allegazione da parte del candidato di possedere titoli poziori rispetto al vincitore, sia sufficiente a fondare un giudizio di mera (ed elevata) probabilità.

Il che, se può in astratto apparire indispensabile per fondare un apprezzamento in termini di certezza del conseguimento del bene della vita, ossia *ex art.* 2967 c.c. qualora si esperisca l'azione di esatto adempimento, una simile impostazione appare eccessiva nel caso di danno da perdita di *chance*.

Infatti, chiedere alla parte la comparazione della propria posizione personale con tutti gli aspiranti alla posizione organizzativa, e non solo con il vincitore, significa addossarle l'onere di ripetere l'intera procedura selettiva, con un'intuibile invasione della sfera di discrezionalità dell'amministrazione che è spazio invalicabile anche per lo stesso giudice di merito.

Sicché, in chiave critica, una simile lettura in ordine allo spettro dell'*onus probandi* non può che essere criticabile, perché si risolve in una *probatio diabolica*.

Altre decisioni di merito affrontano il tema della valutazione della *performance* con particolare riferimento al procedimento introdotto dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

In proposito in un altro caso il Tribunale di Palermo ha osservato che la valutazione del personale dirigente nei tempi e nei modi stabiliti dalla legge e dalla contrattazione collettiva è un adempimento obbligatorio e che, pertanto, la p.a. è tenuta a effettuare tutti i necessari passaggi prodromici.

Tuttavia, il risarcimento derivante dall'inottemperanza di tali obblighi non può coincidere con tutte le differenze retributive perdute; occorre invece operare una verifica sulle concrete possibilità di ottenere l'indennità di risultato. In termini analoghi si è espresso anche il Tribunale di Verona a proposito del non corretto procedimento di assegnazione degli obiettivi ai lavoratori²⁹.

²⁹ Trib. Palermo, 27 febbraio 2020, n. 854, in *De jure*; Trib. Verona, 19 febbraio 2020, n. 96 in *LPA*, 1, 2021, 115 con nota di MONDA, *Tempestività degli obiettivi, obbligo di valutazione e danno da perdita di chance: il punto di vista della giurisprudenza di merito*, il quale si sofferma soprattutto in chiave critica sui parametri di quantificazione del danno, osservando che «la giurisprudenza di legittimità ha fondato il giudizio equitativo su un criterio prognostico basato sulla ragionevole possibilità di ottenere il pieno vantaggio economico. Con l'effetto di calcolare il danno assumendo, quale parametro di riferimento, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato ridotto di un coefficiente proporzionato alla probabilità di acquisire il vantaggio stesso» (così 130), mentre i due precedenti adottano soluzioni più eccentriche.

La decisione del giudice palermitano è molto interessante perché contiene un articolato criterio per la quantificazione del danno da perdita di *chance*. Fermo restando che si tratta di una valutazione equitativa *ex art.* 1226 cc., il giudice valuta - ai fini della determinazione delle concrete possibilità di attribuzione della valutazione positiva - una bozza predisposta dagli uffici e ai fini della determinazione del parametro, nell'impossibilità di valutare la prestazione con i giudizi "adeguato", "distinto" o "eccellente", egli individua la media ponderata tra il 100% del trattamento retributivo accessorio che il ricorrente avrebbe percepito ove avesse ottenuto un giudizio di adeguatezza (stante la ragionevole certezza che lo stesso avrebbe, comunque, ottenuto la valutazione minima) e il 50% delle maggiori somme cui avrebbe potuto aspirare ove avesse riportato il giudizio di distinto o "eccellente", indicati nelle valutazioni degli anni precedenti, sulla scorta di una elevata probabilità del mantenimento del medesimo *standard* qualitativo della prestazione anche nell'anno successivo. Il giudice veronese, invece, individua come criterio di quantificazione - con buona approssimazione - la differenza che intercorre fra gli emolumenti di bassa fascia e quelli di fascia intermedia ridotta di due terzi, per quei dipendenti che nelle annualità precedenti furono inseriti nella fascia intermedia.

Una circostanza balza all'occhio dall'analisi della superiore giurisprudenza: in assenza di significativi mutamenti organizzativi è altissima la probabilità che il dipendente mantenga il medesimo *standard* qualitativo rispetto a quello già accertato (con conseguente liquidazione della retribuzione di risultato) nelle annualità precedenti.

Recentemente il Tribunale di Trapani³⁰ ha reso un altrettanto interessante decisione in materia di criteri per la quantificazione del danno di perdita di *chance* nel caso di mancato conferimento di un incarico dirigenziale in un'azienda sanitaria (si trattava, ne caso di specie, di dirigenza amministrativa).

In particolare, una dirigente con consolidata esperienza nella gestione di un'unità operativa complessa non era stata preferita sulla scorta di un inesistente criterio di rotazione, non seguito per altre strutture della medesima azienda sanitaria.

Il giudice stigmatizza allora la disinvoltura con cui l'azienda aveva proceduto al conferimento degli incarichi di supplenza, in totale spregio delle procedure contrattuali e ricorrendo alla designazione diretta del sostituto; cioè è viepiù aggravato dalla sistematica violazione del termine semestrale per ricoprire gli incarichi di sostituzione, senza procedere alla copertura con un dirigente titolare mediante concorso.

Il grave quadro indiziario ricostruito dal giudice, lo porta a ritenere che la percentuale di probabilità per la ricorrente di ricoprire l'incarico - dal quale era stata esclusa per ragioni pretestuose - fosse addirittura del 70%.

Ne è conseguita la condanna dell'amministrazione al pagamento di detta percentuale di differenze retributive fra quanto percepito e quanto avrebbe percepito, dal momento

³⁰ Trib. Trapani, 26 luglio 2024, n. 470, inedita.

dell'attribuzione dell'incarico (arbitrariamente negato) al diverso e meno meritevole candidato, fino alla data della sentenza.

Da segnalare però che la Corte di cassazione nel 2001 aveva cassato una decisione, che liquidava nel 70% dalle differenze retributive parametrata alla qualifica superiore il danno di un lavoratore escluso dalla dirigenza, nonostante avesse brillantemente superato la prova di idoneità in un corso di formazione all'esito del quale altri trenta dipendenti su quarantaquattro idonei erano stati promossi³¹.

Come è stato opportunamente notato da un acuto giudice del lavoro in un saggio sui meccanismi di liquidazione del danno nel diritto del lavoro, si tratta di «un settore dell'ordinamento fortemente soggetto al dinamismo creativo dell'elaborazione giurisprudenziale, dove la correttezza della soluzione rischia talvolta di rimanere nascosta dietro formule ed espressioni astratte dalle quali fatica ad emergere la realtà del *decisum*»³².

Pertanto, un'ulteriore e più diffusa rassegna non farebbe altro che infittire di soluzioni eccentriche il panorama già delineato, rappresentando l'urgenza di un necessario intervento regolatore del legislatore, che metta ordine in un campo affidato esclusivamente al diritto pretorio, di per sé creativo e foriero di soluzioni dannose per la certezza del diritto³³.

5. Alla ricerca di coordinate affidabili

Sarebbe di certo auspicabile l'individuazione condivisa di criteri per la quantificazione del danno risarcibile quanto più oggettivi possibile, valorizzando esperienze di diritto interno (come quella delle tabelle milanesi per il risarcimento del danno non patrimoniale), ovvero analoghi modelli mutuabili dall'esperienza comparata, come il metodo “*Clerc*”, utilizzato in Francia nell'ambito della tutela antidiscriminatoria³⁴. Lo spostamento di campo sembra però molto utile a delineare scenari nuovi, anche in una prospettiva *de jure condendo*. Il metodo “*Clerc*” (dal nome di François Clerc, iniziatore di questo metodo e responsabile dei casi di discriminazione presso la *Confédération générale du travail*) si è rivelato molto utile nei giudizi di discriminazione.

Esso consente di mostrare le differenze nella progressione di carriera tra dipendenti, in termini di retribuzione, qualifica, seguendo questi alcuni passaggi: a) costruzione di un *panel* di lavoratori comparabili; b) il calcolo delle medie; c) confronto dei dati medi con la situazione del lavoratore discriminato.

³¹ Cass., sez. lav., 14 dicembre 2001, n. 15810 in *Dejure*.

³² ORRÙ, *I meccanismi di liquidazione del danno nel diritto del lavoro*, 2015 in www.fondazioneforensefirenze.it.

³³ VALLEBONA, *Alla ricerca della certezza perduta e l'incertezza del diritto ed i necessari rimedi*, in Id., *Lavoro e spirito*, Giappichelli, 2011, 233 ss. e in particolare 241 e ss.; IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *RTDPC*, 1, 2015, 17.

³⁴ CARLES, *Contre les discriminations, utiliser la méthode «Clerc»*, in *Nvo droits*, 2 settembre 2021, in <https://droits.nvo.fr>.

La costruzione del *panel* si sostanzia nella redazione di un elenco nominativo dei colleghi di lavoro assunti contemporaneamente e alle stesse condizioni del lavoratore discriminato, di talché, quanto più la situazione originaria dei dipendenti del *panel* è simile a quella del lavoratore discriminato, tanto più sarà arbitraria la differenza di trattamento.

Dai dati ottenuti si creano dei grafici che fotografano l'evoluzione della carriera del dipendente discriminato e di quella dei dipendenti del *panel*.

Orbene, senza scendere nei dettagli propri di tale modello dell'esperienza comparata e, segnatamente, l'ordinamento francese, sarebbe possibile – anche grazie al contributo delle organizzazioni sindacali nella raccolta di dati statistici e nell'individuazione di soluzioni pratiche che potrebbero essere compendiate in un apposito accordo quadro, trasversale a più comparti – individuare alcuni parametri matematici per i giudici, legati alla retribuzione perduta, agli anni di permanenza in servizio o alla durata degli incarichi dirigenziali o di posizione organizzativa perduti, alla pregressa storia lavorativa. E ciò proprio al fine di ridurre oltremodo il soggettivismo giudiziario che è di per sé insito nella valutazione equitativa *ex art.* 1226 c.c.

Ovviamente si tratta di scenari futuri: essi sono ben lontani dallo stato dell'arte, caratterizzato da una navigazione a vista, che risolve problemi concreti, fornendo interpretazioni non univoche dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza della Suprema Corte. Se questo è il quadro *de iure condito*, altrettanto variegate si presentano le possibili soluzioni *de jure condendo*.

Tuttavia, l'indagine comparata mostra in questo, come in altri settori, che le soluzioni dell'ordinamento italiano vanno tutte nel senso di una iper-valorizzazione quasi taumaturgica della funzione regolativa della giurisdizione, quando invece ciò invece si pone in modo non sintonico con il principio di certezza del diritto e non valorizza adeguatamente il ruolo dei corpi intermedi, come le organizzazioni sindacali, che sono un ingranaggio essenziale del meccanismo democratico.

Ma questa è evidentemente un'altra storia.

6. Profili fiscali del danno da perdita di chance nel rapporto di lavoro

Le suggestioni che precedono, dense di questioni problematiche che coinvolgono precise scelte da parte del *policy maker*, non esonerano, comunque, il giurista da uno sforzo di concretezza, per fornire soluzioni pratiche per le questioni concrete (tutt'altro che bagatellari), che si pongono *cotidie* all'attenzione dell'operatore di diritto.

Una di queste attiene all'imputazione delle somme versate al lavoratore in accordi transattivi *ex art.* 2113 c.c. e al loro regime fiscale. La conciliazione da alcuni anni è un esito oggi assai frequente anche nel caso di controversie di lavoro pubblico privatizzato.

È infatti diffusa la prassi di individuare all'interno della transazione titoli di imputazione delle erogazioni monetarie, idonei a elidere o ridurre il carico tributario³⁵.

Un criterio di normalità vorrebbe infatti che le somme che scaturiscono dal rapporto di lavoro siano imputate a retribuzione e, come tali, soggette sia a contribuzione, sia a imposizione fiscale ordinaria, fatte salve le eccezioni connesse alle erogazioni a titolo di trattamento di fine rapporto, che scontano un regime fiscale dedicato (c.d. tassazione separata). Anche di recente l'Agenzia delle entrate ha ribadito che le somme corrisposte ai dipendenti a seguito di un accordo transattivo, a fini deflattivi di un contenzioso già in atto, concorrono alla formazione del reddito imponibile per l'intero ammontare e devono essere assoggettate a tassazione ordinaria³⁶ ex art. 51 del TUIR.

Ai fini della riduzione del carico fiscale la riconduzione di un importo più o meno elevato a danno da perdita di *chance* può essere pertanto una soluzione praticabile.

Anche in tempi recenti, a conferma di un orientamento più risalente, la sezione tributaria della Suprema Corte ha ribadito il principio che le somme percepite dal lavoratore a titolo risarcitorio sono soggette a imposizione soltanto se destinate a reintegrare un danno concretatosi nella mancata percezione di redditi (c.d. lucro cessante), non se tendono a ristorare un pregiudizio di natura diversa (c.d. danno emergente), come, ad esempio, quello da perdita di *chance* di accrescimento professionale. È influente che le somme siano state determinate utilizzando come parametro il contratto collettivo di lavoro³⁷.

Di qui il corollario che la *chance* è un'entità giuridica suscettibile di autonoma valutazione, che nulla a che vedere con il lucro non cessante.

La correttezza, in astratto, dell'assunto va, comunque, rigorosamente collegata al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c., cosicché nelle transazioni giudiziali sarà fiscalmente sospetta quella imputazione di somme a danno da perdita di *chance* che non trovi adeguata correlazione nel *petitum* e nella *causa petendi* dell'azione del lavoratore.

Del resto, ad esempio, la plurioffensività del danno da demansionamento, annette una componente di natura patrimoniale, costituita dal danno emergente dal lucro cessante, e una non patrimoniale, riferita alla lesione di diritti della persona e alla sfera della salute.

Tale configurazione fa sì che il principio indicato dalla Suprema Corte non possa in alcun modo essere assolutizzato. Cosicché non può essere aprioristicamente esclusa la sua non

³⁵ Ad esempio, non pare dubitabile che il risarcimento del danno da abusiva reiterazione del contratto a termine nel pubblico impiego ex art. 36 del d.lgs. 165/2001 non è imponibile ai fini fiscali. Sul punto Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2021, n. 236 in *De jure*; Cons. St., sez. VI, 28 aprile 2021, n. 3429, in *LPA*, 4, 2021, 801 con nota di MONDINI, *L'assoggettabilità a ritenuta fiscale diretta del risarcimento del danno per abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: questioni sostanziali e formali*.

³⁶ Cfr. Agenzia delle entrate. Divisione contribuenti, risposta n. 344/2022.

³⁷ D'ANDREA, *Note minime sulla indennità risarcitoria per perdita di chance*, in *RDT*, suppl. on line, 12 aprile 2023, www.rivistadiritto tributario.it; MASTROIACOVO, *La rilevanza fiscale delle somme percepite in ragione di transazione sul lavoro*, in *RDT*, 2022, 6, II, 446; FICARI, *Brevi note sulla tassazione delle erogazioni pararetributive*, in *RDT*, 1993, I, 973; in generale CROVATO, *Il lavoro dipendente nel sistema delle imposte sui redditi*, Cedam, 2001.

imponibilità fiscale laddove, in particolare, tale partita risarcitoria abbia una valenza sostitutiva di quei redditi che il soggetto non abbia potuto produrre per effetto della condotta illegittima della pubblica amministrazione (argomento *ex art.* 6, comma 2, del Tuir, secondo cui «i proventi conseguiti in sostituzione di redditi e (...) le indennità conseguite (...) a titolo di risarcimento di danni consistenti nella perdita di redditi (...) costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti»).

Onde è pertanto la mera probabilità e non la certezza di conseguire il risultato utile, a fornire autonoma consistenza al danno la perdita di *chance*, rendendo vantaggiosa (e poco rischiosa) l'imputazione a tale titolo sul piano fiscale.

Il giurista ha allora il dovere di ricercare di soluzioni equilibrate, non eccentriche e misurate, nella prospettiva di una leale collaborazione con l'erario, nell'ottica di un'imposizione tributaria equa, anche al fine di mettere al riparo le parti da accertamenti da parte dell'Agenzia delle entrate e dell'Inps, che potrebbe addirittura rivendicare, sulle somme arbitrariamente imputate a tale titolo, la contribuzione previdenziale, applicando le sanzioni di legge.

La parità di genere nel pubblico impiego. Potenzialità e limiti dai contributi del PNRR

Gender Equality in the public Employment. Potentiality and Limitations of PNRR Contributions

Marcella Miracolini

Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Palermo

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari: il *gender gap* nel settore pubblico. – 2. Le politiche per il riequilibrio di genere e le previsioni del PNRR. – 3. Parità e riforma delle regole per l'accesso alla pubblica amministrazione. – 4. Misure incentivanti: i problemi applicativi delle previsioni di “quote”. – 5. (*Segue*): potenzialità strategiche della programmazione. – 6. Il sistema di certificazione della parità di genere *ex art. 46 bis* d.lgs. n. 198/2006 nell'esperienza delle pp.aa. – 7. L'equità “a vantaggio” e “a carico” di imprese affidatarie di concessioni o appalti pubblici: meccanismi di premialità e di condizionalità.

Sinossi: Quello del divario di genere costituisce ancora oggi un problema irrisolto e ciò vale anche per il settore pubblico, dove il *gender gap* assume forme diverse ma non per questo meno rilevanti. Anche rispetto ad esso, dunque, è stata intrapresa da tempo una serie di interventi di riequilibrio. Nel passato più recente, poi, l'attenzione verso le questioni di genere è stata rilanciata con forza dalla normativa di attuazione del PNRR, che ha incluso tale tematica tra le sue priorità trasversali. A partire da tali premesse, il presente contributo intende esaminare in chiave critica alcuni di questi interventi, valutandone le potenzialità e gli eventuali limiti: dalle misure che si inseriscono nell'ambito della più generale riforma della p.a. (Missione 1 PNRR) a quelle operanti nell'ambito della Missione 5 (Sistema di certificazione della parità di genere), sino alle misure di promozione dell'equità a carico di imprese affidatarie di concessioni o appalti pubblici.

Abstract: *The gender gap is still an unresolved problem in the contemporary era, and this also concerns the public sector, where the gender gap takes different (but no less relevant) forms. In this regard, a series of rebalancing measures have been implemented. In the more recent past, the issue of gender has once again become a prominent focus of attention, as evidenced by the implementation of the PNRR legislation, which*

identified this issue as a cross-cutting priority. Based on these premises, this contribution aims to undertake a critical examination of select interventions, evaluating their potential and possible limitations. It will consider measures that are part of the more general reform of the public administration (PNRR Mission 1), those operating under Mission 5 (Gender Equality Certification System), and measures designed to promote equity in companies entrusted with concessions or public contracts.

Parole-chiave: disparità di genere – pubblico impiego – accesso alla pubblica amministrazione – certificazione di genere – appalti pubblici

Key-words: *gender gap – public sector – access to public employment – gender certification – public procurement*

1. Considerazioni preliminari: il **gender gap** nel settore pubblico

Il problema della rimozione dei *gaps*, legati al fattore di genere, nel campo del lavoro è una questione ancora oggi fortemente avvertita¹. Benché, infatti, enormi passi avanti siano stati compiuti, pur in modo disomogeneo nelle diverse parti del mondo, la condizione ideale di eguaglianza sostanziale resta ancora una chimera.

Il tema della parità, nelle sue molteplici dimensioni, continua dunque a mantenere una persistente attualità e a destare un certo interesse, alimentato dalle incessanti trasformazioni del mercato del lavoro che interpongono all’obiettivo finale nuovi ostacoli (si pensi al *gender digital divide* o alla “segregazione professionale” conseguente all’ampliamento della richiesta di una formazione nelle materie STEM, cui le donne sono notoriamente sottorappresentate).

Tali considerazioni si estendono trasversalmente e senza eccezioni anche al settore pubblico.

Sebbene, infatti, siano prevalentemente popolate da lavoratrici di genere femminile (il 59,4% del totale dei dipendenti secondo i dati del “Conto Annuale 2024”, relativo all’anno 2022)², le pubbliche amministrazioni non possono dirsi affatto immuni dalla questione del *gender gap*.

Appare convincente l’idea che su questo dato occupazionale incida, ad esempio, la scelta delle donne di privilegiare un impiego, quello appunto nel settore pubblico, avvertito come maggiormente “*family friendly*” rispetto a quello del settore privato, nella misura in cui

¹ «Without gender equality there is no social justice. But women still face inequality, discrimination, and stereotypes that hold them back. They often bear the brunt of caregiving responsibilities, which limits their opportunities», ILO Director-General Gilbert F. Houngbo durante l’*International Women’s Day* del 2024.

² I dati riportati, periodicamente aggiornati, sono consultabili sulla pagina dedicata dal Ministero dell’Economia e delle Finanze (MEF) al Conto Annuale, rilevazione censuaria sulle pp. aa. effettuata a cura del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato (<https://contoannuale.rgs.mef.gov.it/web/sicosito>). Gli ultimi, di recente pubblicazione, sono relativi alla consistenza e composizione del personale per l’anno 2022.

consente una migliore conciliazione con il “mestiere di cura” e garantisce una maggiore stabilità³.

Tuttavia anche nel p.i. il divario, che si manifesta in forme diverse e forse più criptiche ma non per questo meno rilevanti, può considerarsi ancora ben lontano dall’essere compiutamente superato, in linea con la tendenza che si registra nel mercato del lavoro complessivamente considerato.

Va dato atto, ad esempio, che l’ultimo *Global Gender Gap Report 2024*, pubblicato lo scorso 11 giugno, non solo non evidenzia una significativa riduzione del differenziale di genere, che avanza a ritmi lenti in tutti i Paesi osservati⁴, ma anzi sottolinea come le distanze dagli obiettivi ambiziosi fissati dall’Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile siano ancora troppo ampie.

E rispetto all’Italia i dati disaggregati sono ancora meno incoraggianti: nel dar conto dello stato attuale della parità di genere, lo studio colloca il Paese soltanto all’ottantasettesimo posto sui 146 considerati a livello mondiale e al trentasettesimo tra i 40 Paesi europei, in ulteriore decrescita rispetto al 2023.

D’altronde, anche nella recente Risoluzione sui diritti umani del 18 gennaio 2023, il Parlamento europeo aveva apertamente denunciato che nessun Paese al mondo ha ancora conseguito l’uguaglianza di genere: le donne continuano ad essere una minoranza nelle posizioni dirigenziali, guadagnano meno degli uomini, e le loro abilità e competenze sono sottovalutate o sminuite a causa degli stereotipi sul loro ruolo nella famiglia.

Un siffatto quadro trova piena conferma nelle dinamiche che si registrano nella p.a.: se si guarda alle posizioni apicali, la stima rispetto al dato occupazionale sopra riportato varia sensibilmente, senza eccezioni considerevoli in nessun comparto e, anzi, con margini di ulteriore svantaggio quando si passa dalla fascia più bassa a quella più alta della dirigenza. Le stesse rilevazioni della Ragioneria dello Stato, restituite nel Conto Annuale, riportano che meno di un terzo dei ruoli dirigenziali è ricoperto da lavoratrici.

Benché, dunque, l’art. 45, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 garantisca a tutti i dipendenti parità di trattamento economico e contrattuale, vi sono numerosi indicatori che confermano la sottorappresentazione delle donne nelle posizioni e nei ruoli di livello apicale, nonché l’asimmetria nelle opportunità di accesso ai percorsi di carriera. In altri termini, la pubblica amministrazione italiana, che oggi ambisce a garantire la massima trasparenza come una “casa di vetro”, non si è mai liberata del cd. “soffitto di cristallo”.

³ Sul punto si v. le osservazioni in PASQUALETTO, *Le pari opportunità di genere nell’accesso e nelle carriere nel pubblico impiego: dati, normativa, criticità e soluzioni*, in *LDE*, 2022, 3, 3 ss.; ma già BORRELLI, *Pari opportunità e non discriminazione nelle amministrazioni pubbliche*, in FIORILLO, PERULLI, (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013, 509 ss.

⁴ Tanto da affermare « [...] *full parity remains beyond the reach of another five generations*». Il Report è liberamente consultabile dal sito del *World Economic Forum*, in <https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2024/>.

Non meno sbilanciata è la distribuzione di genere nell'occupazione flessibile⁵. È nettamente prevalente la percentuale di donne, rispetto ai colleghi uomini, impiegate con contratto a tempo determinato, di formazione lavoro o interinale; nonché con contratto di lavoro *part-time*⁶, spesso preferito per l'opportunità di far fronte all'impari distribuzione dei carichi di famiglia, come opzione volontaria ma nei fatti obbligata⁷ e comunque destinata ad incidere in termini di svantaggio competitivo sulla carriera.

La situazione produce, in ultimo, vistose penalizzazioni rispetto ai reali livelli retributivi della componente femminile, che finiscono per risultare fortemente disallineati rispetto a quelli percepiti dai lavoratori di sesso maschile⁸, con effetti che si ripercuotono anche sui redditi pensionistici (*gender pension gap*)⁹. Il *gender pay gap*, dunque, rappresenta solo il punto di emersione, quello più eloquente, di una serie di aspetti fortemente condizionanti, di ostacolo alla "naturale" realizzazione della parità.

Da qui la necessità di apprestare, a livello normativo, una serie di interventi di riequilibrio che agiscano su più fronti.

2. Le politiche per il riequilibrio di genere e le previsioni del PNRR

In risposta al fenomeno del divario di genere, nelle sue molteplici forme, l'Unione Europea da tempo è intervenuta a più livelli, integrando la dimensione di genere e l'approccio intersezionale in tutte le sue attività e politiche esterne¹⁰, in coerenza con gli impegni as-

⁵ Sulla disciplina nel p.i., tra gli altri, ESPOSITO, LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Giappichelli, 2018, 131-232

⁶ Rispetto alla consistenza totale del personale che lavora nelle pp.aa., su complessivi 130.000 lavoratori con contratti flessibili (cui il Conto Annuale ricomprende il contratto a tempo determinato, il contratto di formazione e lavoro, il contratto interinale ma anche gli LSU), 84.000 sono donne e, più nel dettaglio, a fronte di poco più di 39.000 impiegati di sesso maschile con contratto a termine sono quasi 72.000 le impiegate a tempo determinato. A questo si aggiunge il dato inerente alla ripartizione dell'universo di riferimento tra dipendenti pubblici con contratto a tempo pieno e a tempo parziale: sono impiegate con *part time* <50% più del doppio delle donne rispetto agli uomini; mentre con *part time* >50% risultano occupate 123.000 donne a fronte di 21.000 colleghi di sesso maschile.

⁷ Sul punto VALENTE, *Il lavoro delle donne, ieri ed oggi. Dall'accesso al mercato del lavoro alla direttiva Ue sulla trasparenza salariale*, in *EQUAL*, 2024, 1, 67-68, che con riferimento al ricorso al contratto a tempo parziale soprattutto da parte delle lavoratrici madri utilizza un «ossimoro significativo», parlando condivisibilmente di una «scelta obbligata».

⁸ Ulteriori dati sono resi disponibili nei Rapporti sulle retribuzioni dei dipendenti pubblici, resi disponibili dall'ARAN, in <https://www.aranagenzia.it/statistiche-e-pubblicazioni/rapporti-sulle-retribuzioni.html>.

⁹ FILI, *Brevi riflessioni sul differenziale di genere e discriminazioni indirette nel sistema italiano di sicurezza sociale*, in *EQUAL*, 2024, 1, 45 ss.; ID, *Le difficili libertà delle donne tra gender wage gap, soffitti di cristallo e bassa fecondità*, in *LDE*, 2021, 2, 5 ss.

¹⁰ Su tale approccio si vedano le riflessioni di GABRIELE, *Le discriminazioni multiple nell'intreccio delle fonti*, in *DML*, 2021, 2, 359 ss.

sunti da ultimo, ad esempio, nel *Gender Action Plan III* e nella *Gender Equality Strategy 2020-2025*¹¹.

Basti pensare all’emanazione di alcune direttive con cui, nell’ultimo quinquennio almeno, il legislatore eurounitario ha avviato un percorso improntato sul principio di trasparenza quale mezzo strategico funzionalizzato alla rimozione delle asimmetrie, tramite un approccio di tipo incentivante/premiale piuttosto che repressivo/sanzionatorio.

È il caso della Dir. 2019/1152/UE in tema di «condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili», che abilita una serie di strumenti di trasparenza, declinata come condivisione di informazioni attinenti al rapporto e all’organizzazione, allo scopo di supportare politiche idonee al superamento delle differenze di genere¹². Ma anche della Dir. 2023/970/UE che, indirizzata indistintamente a datori di lavoro privati e pubblici, impone loro obblighi di trasparenza, comunicazione e accesso volti a rafforzare l’applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi esecutivi¹³.

D’altra parte, anche sul piano interno la strada dell’attuazione di politiche di genere nel settore pubblico può considerarsi intrapresa già da molto tempo.

Le misure hanno operato su molteplici piani che intrecciano la dimensione procedurale (si pensi alla costituzione dei Comitati paritetici previsti dai CCL nei vari settori della p.a. e dei CUG, Comitati Unici di Garanzia, ex art. 57 T.U.P.I.), quella organizzativa (è il caso delle disposizioni in materia di conciliazione vita-lavoro, il cui quadro normativo è stato modificato dal d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, in attuazione della Dir. 2019/1158/UE), nonché quella programmatica (dalla previsione dei “Piani triennali delle azioni positive” sino al cd. “Bilancio di genere”, la cui sperimentazione in sede di rendicontazione è stata introdotta dall’art. 38 *septies*, l. 31 dicembre 2009, n. 196). Ferma restando la previsione generale di cui all’art. 7 T.U.P.I che, con una formulazione rimasta immune alla più recenti modifiche, afferma che «Le pubbliche amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne e l’assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all’età, all’orientamento sessuale, alla razza, all’origine etnica, alla disabilità, alla

¹¹ MILITELLO, *Strategia Ue per la parità di genere 2020/2025*, 10 febbraio 2022, in <https://www.italianequalitynetwork.it/strategia-ue-per-la-parita-di-genere-2020-2025/>.

¹² Sulla direttiva nonché sulla trasposizione della stessa nell’ordinamento interno, tra gli altri, ZILLI, *La via italiana per condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*, in *DRI*, 2023, 1, 25 ss.; D. GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROJSI, (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, Adapt, 2023; ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini, 2022, 168 ss.; ID., *Condizioni di lavoro (finalmente) «trasparenti e prevedibili»*, in *LB*, 2022, 6, 661 ss.; CORTI, SARTORI, *Il recepimento del diritto europeo in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e di conciliazione vita lavoro. Le misure giuslavoristiche dei decreti «aiuti»*, in *RIDL*, 2022, 4, 161 ss.

¹³ Su cui FERRANTE, *Divario retributivo di genere: novità e conferme dalla direttiva (UE) 2023/970*, in *DRI*, 2024, 2, 313 ss.; IZZI, *Alla ricerca dell’effettiva parità di retribuzione tra uomini e donne: la Direttiva UE n. 2023/970 come punto di svolta?*, in *RGL*, 2024, 2, 301 ss.; LAMBERTI, *Il paradigma della trasparenza retributiva come antidoto al gender pay gap*, in *Federalismi.it*, 2024, 3, 248 ss.

religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro [...]], estendendo al p.i. un ben noto principio di parità e non discriminazione.

Nel passato più recente, però, l'attenzione verso la questione è stata rilanciata dalla normativa di attuazione del PNRR¹⁴, che ha incluso la tematica tra le sue tre priorità trasversali (il cd. *women empowerment*), formalizzando l'obiettivo di incrementare di cinque punti il punteggio nazionale nella classifica dell'Indice sull'uguaglianza di genere (*Gender Equality Index*), elaborato dall'Istituto europeo EIGE (*European Institute for Gender Equality*). Tra le previsioni che si rinvengono nel PNRR, alcune sono destinate a produrre effetti seppur indirettamente. È il caso di quelle riconducibili, ad esempio, alla Missione 6: tramite il rafforzamento dei servizi di prossimità e supporto domiciliare esse possono assicurare una riduzione degli oneri assistenziali di tipo familiare e di cura non retribuita, che notoriamente sono sbilanciati a sfavore delle lavoratrici (si pensi al cd. "Piano asili nido"). Altre sono più mirate poiché espressamente indirizzate al rafforzamento di un già ampio corredo di strumenti utili al contrasto del *gender gap*. Al lavoro femminile sono, ad esempio, riservati specifici interventi ricompresi nella Missione 5: si tratta, per un verso, della previsione di investimenti destinati al potenziamento dell'imprenditorialità femminile nel settore privato; per altro, dell'adozione del cd. «Sistema nazionale di certificazione della parità di genere» (art. 46 *bis*, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198), reso oggi operativo dalla Prassi Uni/PdR 125:2022¹⁵ e aperto, invece, a tutte le imprese del settore tanto privato che pubblico.

Infine, alla lotta al divario di genere sono funzionali alcune operazioni previste nell'ambito della Missione 1, che punta al rilancio della competitività e della produttività della pubblica amministrazione. In particolare, nel contesto più generale della profonda rivisitazione e dell'ammodernamento dei meccanismi di reclutamento e di progressione delle carriere, ispirato a politiche di valorizzazione delle risorse umane, della performance individuale e organizzativa, che caratterizzano l'attuazione del Piano¹⁶, sono state adottate misure che tornano ad insistere sulle pari opportunità di genere.

Nelle pagine che seguono si passeranno in rassegna alcuni tra i principali contributi, destinati ad incidere, in via diretta o mediata, sulla promozione della presenza femminile nell'ecosistema pubblico e sulla lotta alle discriminazioni, mettendone in evidenza limiti e potenzialità.

¹⁴ Per una ricostruzione sistemica degli interventi D. GAROFALO, *Gli interventi sul mercato del lavoro nel prisma del PNRR*, in *DRI*, 2022, 1, 114 ss.

¹⁵ Si rinvia sin d'ora sul punto a LAMBROU, *Certificazione della parità di genere*, in *DEPL*, 2022, 2, 94 ss.; ZAPPALÀ, *La parità di genere al tempo del PNRR: tra trasparenza, certificazione e misure premiali*, in *LDE*, 2022, 3, 9 ss.

¹⁶ BELLAVISTA, *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Dal disastro verso l'ignoto ... e ritorno?*, in *LPA*, 2023, 1, 11 ss.; TREU, MICHETTI, *PNRR e rinnovamento delle amministrazioni pubbliche*, in *WP D'Antona, It.*, n. 466/2023, 10 ss.

3. Parità e riforma delle regole per l'accesso alla pubblica amministrazione

Tra le linee di intervento strategiche per il superamento del *gender gap* si collocano, in primo luogo, quelle che riguardano l'accesso alla p.a.¹⁷ e le opportunità di carriera¹⁸.

Segnatamente, si tratta di alcune specifiche disposizioni riconducibili al cd. "Decreto Reclutamento", al "Decreto PNRR 2", nonché alle più recenti modifiche del Regolamento sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni: tra esse, l'art. 17-*quater*, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, sulla parità di genere nei rapporti a tempo determinato, collaborazioni, apprendistato; l'art. 5, d.l. 30 aprile 2022, n. 36, in materia di rafforzamento dell'impegno a favore dell'equilibrio di genere; l'art. 1, comma 12, d.l. n. 80/2021, sulle commissioni esaminatrici; l'art. 6, d.p.r. 16 giugno 2023, n. 82 sulla riserva di posti nei bandi di concorso per il riequilibrio di genere.

L'art. 17-*quater*, d.l. n. 80/2021, conv. dalla l. 6 agosto 2021, n. 113 (cd. "Decreto Reclutamento"), rubricato «Principio di parità di genere» prevede che «il piano di reclutamento di personale a tempo determinato, il conferimento di incarichi di collaborazione da parte delle p.a., le assunzioni, mediante contratto di apprendistato, le mobilità e le progressioni di carriera, nonché tutte le altre modalità di assunzione, escluse quelle per concorso, di cui al presente decreto sono attuati assicurando criteri orientati al raggiungimento di un'effettiva parità di genere, secondo quanto disposto dal PNRR».

Invero la disposizione, che riproduce più una formula di stile che una rigida prescrizione, non pare destinata ad incidere in maniera significativa sul piano applicativo: basti considerare, da un lato, la formulazione generica, da cui non deriverebbe l'obbligatorietà della previsione di quote, e, dall'altro, l'esclusione (dall'elencazione e dunque dall'ambito di applicazione della norma) delle procedure concorsuali.

Sicché, pur se in una diversa forma, non sembra che il contenuto della norma si discosti in maniera significativa da quelle previsioni che, a distanza di quasi ottant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, hanno in varie occasioni trasfuso in fonti legislative il prin-

¹⁷ Esula dagli scopi di tale contributo una disamina della complessa disciplina della selezione e dell'accesso al pubblico impiego, per la quale si rinvia, tra i contributi più recenti, a RICCOBONO, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramenti, estinzione*, dattiloscritto, 2023, della relazione tenuta al Convegno «Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme (1993-2023)», Napoli 29-30 novembre 2023; ZILLI, BOSCATI, (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, vol. I, Cedam, 2022; ID., (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, vol. II, Cedam, 2022; PEDRABISSI, *Il sistema di reclutamento tramite concorso pubblico*, in *LPA*, 2022, 4, 763 ss.; GENTILE, *Il reclutamento pubblico: aspetti organizzativi, modelli di selezione e nuovi assetti*, Giapichelli, 2023, 1 ss.; BELLAVISTA, *I reclutamenti pubblici dell'emergenza. C'è del marcio in Danimarca?*, in *LPA*, 2022, 2, 221 ss.; BOSCATI, *Dalle esigenze dell'organizzazione alle modalità di reclutamento: punti critici della disciplina vigente e possibili interventi di riforma*, in CARABELLI, ZOPPOLI, (a cura di), *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, in *Quaderni RGL*, 2021, 6, 99 ss.

¹⁸ Sui percorsi di carriera del personale interno RICCOBONO, *Le nuove carriere dei dipendenti pubblici: professionalità, merito, imparzialità tra concorso, comparazione e valutazione*, in *LPA*, 2023, 2, 301 ss.; ID., *Concorsi pubblici e progressioni di carriera nella stagione del «grande reclutamento»*, in *RGL*, 2022, 1, 65 ss.

cipio del libero accesso di uomini e donne al pubblico impiego, sancito dall'art. 51 Cost. e rafforzato ad opera della l. cost. 30 maggio 2003, n. 1¹⁹. È il caso, solo per fare qualche esempio, dell'art. 35, comma 3, lett. c), T.U.P.I. che individua fra i principi che le p.a. devono osservare nelle procedure di reclutamento quello del «rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori»; o dell'art. 31, comma 1, C.P.O. che sancisce il divieto di discriminazioni nell'accesso agli impieghi pubblici, con una formulazione molto ampia; dell'art. 27, comma 1, C.P.O. che vieta qualsiasi discriminazione perpetrata nella fase di accesso al lavoro («compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione»), stigmatizzando quanto già previsto dall'art. 25, in tema di discriminazioni dirette e indirette, nella versione aggiornata dalla l. 5 novembre 2021, n. 162²⁰.

Più ambizioso parrebbe l'art. 5, d.l. n. 36/2022, conv. dalla l. 29 giugno 2022, n. 79 (cd. «Decreto PNRR 2»), intitolato «Rafforzamento dell'impegno a favore dell'equilibrio di genere», che, al fine di dare effettiva applicazione al principio della parità di genere nell'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro, prevede che le amministrazioni adottino misure che attribuiscono vantaggi specifici ovvero evitino o compensino svantaggi nelle carriere al genere meno rappresentato. I criteri di «discriminazione positiva» devono essere proporzionati allo scopo da perseguire e adottati a parità di qualifica da ricoprire e di punteggio conseguito nelle prove concorsuali.

La norma stessa aveva previsto che, al fine di fornire più precise indicazioni su tali misure e tali criteri, il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, di concerto con il Dipartimento per le pari opportunità, adottasse delle linee guida, che sono effettivamente state emanate il 6 ottobre 2022.

La prima parte del documento («Linee guida sulla parità di genere nell'organizzazione e gestione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni») individua il contesto dei principi già acquisiti dall'Unione Europea in cui si inseriscono le azioni promosse; mentre è la seconda ad entrare nel merito delle azioni utili a migliorare la parità di genere, sebbene l'impianto lasci comunque ad ogni pubblica amministrazione la possibilità di introdurre soluzioni organizzative calibrate a seconda del proprio contesto di riferimento. Premesse alcune istruzioni sulla misurazione della situazione esistente in ogni singola p.a. (una cd. «*check list*» della parità di genere, par. 6), le linee guida forniscono indicazioni su come assicurare una più ampia partecipazione delle donne ai bandi di concorso per

¹⁹ BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, Il Mulino, 1977, 73 ss.; SCARPONI, *L'art. 51 della Costituzione e l'accesso delle donne ai pubblici uffici e al lavoro nel settore pubblico*, in *WP D'Antona, It.*, n. 406/2019, 3 ss.

²⁰ La riforma ha ribadito la necessità che la tutela antidiscriminatoria sia estesa alla fase pre-assuntiva e di selezione del personale (art. 25, commi 1 e 2, C.P.O.), nonché al periodo di esecuzione del rapporto (nel quale si colloca, ad esempio, l'adozione di iniziative in materia di formazione, perfezionamento, aggiornamento e riqualificazione professionale). Si tratta tuttavia di modifiche che hanno carattere più rafforzativo che innovativo. Sul punto si rinvia a PASQUALETTO, *La complicata nozione di discriminazione di genere dopo la legge n. 162/2021*, in *DRI*, 2024, 2, 349 ss.; C. GAROFALO, *Il problematico allargamento della nozione di discriminazione nel codice delle pari opportunità*, *LDE*, 1, 2023, 3 ss.; CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, 2022, www.italianequalitynetwork.it; BARBERA, BORELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *WP D'Antona, It.*, n. 451/2022, 3 ss.

l'accesso a ruoli dirigenziali o alle posizioni di maggiore responsabilità e su come costruire bandi che non riproducano discriminazioni di genere (par. 6.2, lett. B e C), a partire dall'utilizzo di un linguaggio che si sottragga a *bias* di genere.

V'è spazio, poi, per specifiche prescrizioni volte a favorire commissioni esaminatrici attente ai temi dell'inclusione e della parità di genere.

Invero, sul punto, l'art. 1, comma 12, del cd. "Decreto reclutamento", fermo restando quanto previsto dall'art 57, comma 1, lett. a), T.U.P.I., che riserva alle donne almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso, ha ulteriormente sancito che «le commissioni esaminatrici delle procedure di cui al presente articolo sono composte nel rispetto del principio della parità di genere». Inoltre l'art. 2, comma 7, del cd. "Decreto PNRR2" ha specificato che i componenti delle commissioni dei concorsi pubblici (a decorrere dal 1° novembre 2022) sono individuati nel rispetto dei principi della parità di genere, attraverso il Portale unico del reclutamento di cui all'art. 35-ter T.U.P.I.²¹.

Si tratta di previsioni che, seppur non determinanti, non vanno ascritte tra i meri adempimenti formal-burocratici, puntando piuttosto ad una effettiva ed efficace valorizzazione della cultura di genere. Ne è prova il fatto che le linee guida suggeriscono di valutare come ulteriore criterio preferenziale per la composizione delle commissioni il possesso di una specifica formazione sulle tematiche dell'inclusione e del *diversity management* (par. 6.2, lett. D).

4. Misure incentivanti: i problemi applicativi delle previsioni di "quote"

A novellare ulteriormente il quadro regolatorio descritto e riconducibile alla fase di accesso al pubblico impiego è intervenuta poi, dopo quasi un trentennio, la riscrittura del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 («Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi»), ad opera del d.P.R. del 16 giugno 2023, n. 82 (in vigore dal 14 luglio 2023).

Al di là dell'apprezzabile obiettivo di semplificare le modalità di svolgimento delle procedure concorsuali nell'ottica della digitalizzazione, della semplificazione, della parità d'accesso e dell'equilibrio di genere, alcune norme pongono invero alcuni dubbi interpretativi. Al riguardo, di particolare rilievo è la nuova regola di cui all'art. 6, rubricato «Equilibrio di genere», nel quale è stato previsto che «al fine di garantire l'equilibrio di genere nelle pubbliche amministrazioni, il bando indica, per ciascuna delle qualifiche messe a concorso, la percentuale di rappresentatività dei generi nell'amministrazione che lo bandisce, calcolata

²¹ GENTILE, op. cit., 199 ss.

alla data del 31 dicembre dell'anno precedente. Qualora il differenziale tra i generi sia superiore al 30 per cento, si applica il titolo di preferenza di cui all'articolo 5, comma 4, lettera o), in favore del genere meno rappresentato». D'altronde l'art. 1, comma 3, C.P.O. espressamente esclude che il principio di parità al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del «sesso sottorappresentato».

Tuttavia, sebbene la lettura del disposto risulti in linea teorica apprezzabile, nella misura in cui consente una tutela sostanziale delle categorie risultanti in concreto svantaggiate, liberandosi di facili stereotipi, essa - nella pratica - pone qualche dubbio, spingendo a chiedersi se davvero una rigida previsione di quote non finisca talora per rivelarsi non solo strumento non idoneo a colmare i divari reali, ma anche in certi casi addirittura travicante. La pedissequa attuazione delle disposizioni sul riequilibrio di genere ha, infatti, manifestato sin dalle sue prime applicazioni tutti i limiti del sistema promozionale: essa ha creato dubbi, in conseguenza di una lettura delle misure troppo rigida che ha prodotto effetti paradossali.

All'indomani dell'emanazione del nuovo regolamento, un "primo" banco di prova è stato, ad esempio, un (ormai noto) bando aperto dal Ministero dell'istruzione e del merito per il reclutamento di dirigenti scolastici, che in conseguenza dell'applicazione della misura ha previsto un (discutibile) vantaggio, a parità di titoli e meriti, a favore degli uomini, che nel comparto scuola rappresentano in termini percentuali il "sesso sottorappresentato".

In questo caso, però, un primo problema va rintracciato nell'affidamento ad una sterile lettura del dato statistico, tra l'altro limitata a un ridotto arco temporale e che restituisce una fotografia solo parziale della realtà.

In secondo luogo, un ulteriore limite deriva dalla mancata valutazione dello svantaggio che si ha l'obiettivo di riequilibrare. Rispetto al pubblico impiego - come già evidenziato - il problema non attiene alla consistenza numerica della presenza in generale delle donne nei diversi comparti (men che meno nel settore scolastico), quanto piuttosto alla loro sottorappresentazione nelle posizioni apicali. Motivo per il quale non è del tutto condivisibile che un bando, che si rivolge al reclutamento di posizioni dirigenziali, pur in un settore in cui la segregazione occupazionale femminile è certamente più ridotta, finisca per penalizzare le candidate di sesso femminile, creando un vantaggio competitivo a favore degli uomini²².

Analoghe considerazioni valgono per un bando emanato nello stesso periodo dal Comune di Siena, rivolto all'assunzione di un ingegnere all'interno dell'ufficio tecnico, e che, tenuto conto della previsione dell'art. 6 d.P.R n. 82/2023, a parità di titoli e meriti, ha previsto

²² Sul punto si v. le considerazioni in CORAZZA, *Diritto antidiscriminatorio e oltre: il lavoro delle donne come questione redistributiva*, Relazione al XXI Congresso nazionale Aidlass "Diritto antidiscriminatorio e trasformazioni del lavoro", Messina, 23-25 maggio 2024, in <https://aidlass.it>.

espressamente l'applicazione del titolo di preferenza in favore dei candidati appartenenti al genere maschile²³.

Anche in tale circostanza, però, l'ente comunale aveva operato il calcolo percentuale, richiesto per l'attribuzione del meccanismo premiale, non con riferimento ad ogni singola qualifica messa a bando, bensì complessivamente, cioè tenendo in considerazione l'insieme dei dipendenti del Comune, a prescindere dalla posizione ricoperta. Sicché il dato emerso era risultato sbilanciato a sfavore del sesso maschile, ma sulla base di un indicatore totale poco funzionale, nella misura in cui non aveva tenuto conto di profili professionali, mansioni e posizioni.

Ancora, ci si potrebbe chiedere se possa considerarsi necessaria, o per lo meno ragionevole e/o opportuna, l'applicazione di una misura di questo tipo quando il posto a bando sia uno e la consistenza complessiva di lavoratori presso l'ente banditore sia pari solo a tre unità: è il caso di un bando dello scorso giugno, pubblicato dall'Ordine degli assistenti sociali della Campania, con cui è stato indetto il concorso per il profilo di "addetto alla segreteria", nei fatti esclusivamente riservato a lavoratori di sesso maschile, dal momento che al 31/12/2023 erano presenti presso l'Ordine «n. 2 assistenti di genere femminile (66,67%) e n. 1 funzionario di genere maschile (33,33%)».

Ciò conferma che le misure premiali correlate all'attuazione delle riforme, se rigidamente intese alla stregua di adempimenti burocratici da applicare automaticamente, rischiano di comportare una regressione delle tutele o, perlomeno, una neutralizzazione degli obiettivi stessi perseguiti dal PNRR.

Invero, l'ordinamento interno contempla già diverse disposizioni di legge, che prevedono meccanismi di previsione di "quote", che hanno dovuto nel tempo superare le questioni di compatibilità sia con i principi di diritto eurounitario²⁴, sia con il sistema costituzionale interno²⁵. E l'interpretazione data in concreto di volta in volta alle disposizioni dal diritto vivente è stata perlopiù orientata nel senso di evitare di imporre vincoli estremamente

²³ Il bando specifica infatti che «Rilevato, a norma dell'art. 6 del d.p.r. 487/1994 come modificato dal d.p.r. 82/2023, che la percentuale di rappresentatività dei generi nell'amministrazione, per l'Area di inquadramento oggetto del presente concorso, calcolata alla data del 31 dicembre dell'anno 2022, è la seguente: – Femmine: 66,94% – Maschi: 33,05% e che pertanto si applica il titolo di preferenza di cui all'articolo 5, comma 4, lettera o), del d.p.r. n. 487/1994, in favore dei candidati appartenenti al genere maschile».

²⁴ A proposito della compatibilità di sistemi di quote a favore delle lavoratrici con i principi di diritto comunitario è inevitabile il riferimento alle sentenze che per prime hanno tracciato i confini di legittimità delle azioni positive: C. giust., 17 ottobre 1995, causa C450/93, *Kalanke*, in *GC*, 1995, I, 2863; in *MGL*, 1996, 202, con nota di RICCARDI e in *DL*, 1995, II, 421, con nota di FOGLIA; inoltre, su questa pronuncia, criticamente ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, 1997, 158 ss. e SCARPONI, *Pari opportunità e "Frauenquoten" davanti alla Corte di giustizia*, in *RDE*, 1995, 717 ss. C. giust., 11 novembre 1997, causa C409/95, *Marschall*, in *RIDL*, 1998, con nota di CALAFÀ, su cui anche VENEZIANI, *Le azioni positive dopo la sentenza Marschall*, in *DLRI*, 1998, II, 408 ss. e IZZI, *La Corte di giustizia e le azioni positive: da Kalanke a Marschall*, in *LD*, 1998, 3-4, 675 ss.

²⁵ La questione si è posta ad esempio in materia elettorale, con l'introduzione a livello legislativo di quote in favore dell'elettorato passivo femminile, su cui C. cost., 13 febbraio 2003, n. 49, in *FI*, 2003, 1 1318; in *GI*, 2004, 234, con nota di CAIELLI; in *GI*, 2004, 477, con nota di BELLANTANI, ROCCHETTI. Ma, ancora prima, anche C. cost., 17 marzo 1995, n. 86, in *DPL*, 1995, 2113 ss.

rigidi per il datore di lavoro, ma anche di scongiurare il rischio che la loro inflessibile esecuzione generasse squilibri nella distribuzione della forza lavoro.

Un tipico esempio è dato dal precetto che pone limiti nell'individuazione della quota di lavoratrici da collocare in mobilità (art. 5, comma 2, l. 23 luglio 1991, n. 223), facendo divieto di licenziare «una percentuale di manodopera femminile superiore alla percentuale di manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione». Rispetto alla previsione, ricondotta pacificamente dalla dottrina alla categoria più generale delle cosiddette azioni positive (art. 42 d.lgs. n. 198/2006)²⁶, la Corte di Cassazione, nella sua funzione nomofilattica, ha propeso per un'interpretazione che scongiurasse in concreto l'effetto indesiderato di relegare - nel caso di specie - la componente femminile solo a mansioni specifiche: sicché si è ritenuto che il confronto da operare in relazione al personale da espungere dal ciclo produttivo andasse circoscritto all'ambito delle mansioni oggetto di riduzione²⁷.

L'idea è, dunque, che occorra evitare rigide interpretazioni che rischiano di produrre esiti ben lontani dagli scopi perseguiti.

Meno problematiche sono apparse altre previsioni, come quelle volte a garantire l'equilibrio di genere negli organi di amministrazione e controllo delle società quotate e delle società controllate da pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 2359, commi 1 e 2, c.c., sorte con l'intento di perseguire obiettivi di *corporate governance* di efficienza e ottimizzazione. Sebbene le prime misure in tal senso possano farsi risalire già alla cd. "legge Golfo Mosca" (l. 12 luglio 2011, n. 120), che aveva imposto che una quota - originariamente di un terzo - dei posti all'interno degli organi amministrativi e di controllo venisse riservata al genere sottorappresentato, la disciplina è stata oggetto di attenzione e integrazione anche in seguito: prima ad opera del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175)²⁸, poi da parte della Legge di bilancio 2020 e, da ultimo, dell'art. 6 della richiamata l. n. 162/2021. Questo in particolare ha esteso la previsione dell'art. 147-ter, comma 1-ter, T.U.F. (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), così come di modificata dalla l. 27 dicembre 2019, n. 170, anche alle società, costituite in Italia

²⁶ VENEZIANI, *A proposito di quote e percentuali nel diritto del lavoro italiano e comunitario*, in *RIDL*, 1997, I, 340 ss.; STENICO, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 439 ss.

²⁷ Cass., 24 maggio 2019, n. 14254, in *LG*, 2019, 10, 893, con nota di SARTOR; ma anche Cass., 3 febbraio 2016, n. 2113, in *RIDL*, 2916, II, 770, con nota di AMORIELLO; Trib. Taranto, ord. 5 dicembre 2013, in *FI*, 2014. *Contra*, sebbene si tratti di un orientamento minoritario superato, si segnalano Trib. Venezia, 12 maggio 2015, n. 344 e App. Venezia, 30 ottobre 2015, n. 591, a quanto consta inedite.

²⁸ L'art. 11, comma 4, T.U.S.P. si è fatto carico di garantire l'equilibrio di genere nell'individuazione degli amministratori delle società a controllo pubblico, sia con riferimento al numero complessivo delle nomine da effettuare nelle società nel corso dell'anno (nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno), sia a livello di singola società, qualora si sia optato per un organo amministrativo a composizione collegiale (in questo caso lo statuto deve prevedere che la scelta degli amministratori da eleggere sia effettuata nel rispetto dei criteri stabiliti dalla l. n.120/2011, ossia che il genere meno rappresentato debba ottenere almeno un terzo degli amministratori eletti).

e non quotate, controllate da pubbliche amministrazioni. Sicché oggi anche il loro statuto societario deve prevedere che si applichi, per sei mandati consecutivi, il criterio di riparto degli amministratori in base al quale il genere meno rappresentato deve ottenere almeno due quinti degli amministratori eletti; pena l'attivazione di una procedura di diffida, prima, da parte della Consob, e di decadenza, poi, in caso di mancata ottemperanza²⁹.

Ancora una volta, però, al netto della indiscussa bontà di simili previsioni, l'interrogativo di fondo è se la previsione di "quote" riservate costituisca oggi ancora il miglior metodo per colmare i divari reali³⁰, ovvero se occorra riflettere sulla necessità di misure di più ampio respiro, che permettano di superare gli stereotipi di genere a partire dal piano culturale.

5. (Segue): potenzialità strategiche della programmazione

Nell'ambito del processo di riforma del sistema di reclutamento ordinario della p.a., potrebbero assumere carattere strategico e funzionale alla questione di genere anche alcune misure di pianificazione e programmazione.

Come noto, l'avvio di tale processo riformatore è stato incentrato su un rafforzamento della relazione causale con la programmazione del fabbisogno di personale e sul passaggio dalla valutazione delle conoscenze alla valutazione delle competenze in relazione agli obiettivi assegnati.

In tale prospettiva le pubbliche amministrazioni sono state indirizzate, con un'opera di vera e propria ingegneria amministrativa, verso una pianificazione unitaria, in grado di definire gli strumenti e le esigenze del reclutamento delle nuove figure professionali e della valorizzazione delle risorse interne.

Il compito è stato demandato a un Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO) che realizzi un sistema coordinato, in un unico documento, di molteplici atti di pianificazione già previsti da precedenti discipline (il piano dei fabbisogni di personale³¹, il piano della performance, il piano della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il piano organizzativo del lavoro agile, il piano delle azioni positive, il piano delle azioni concrete e il piano per razionalizzare l'utilizzo delle dotazioni strumentali)³².

²⁹ Va dato sin d'ora atto, inoltre, che la presenza di esponenti del sesso meno rappresentato nell'organo amministrativo e di controllo costituisce uno degli indicatori tramite cui verificare l'esistenza dei requisiti ai fini del rilascio della certificazione di genere (in particolare, si tratta dell'Indicatore 5 del Prospetto 4, dedicato alla *Governance* di cui alla Prassi UNI/PdR 125:2022), su cui si rinvia a quanto si dirà più diffusamente *infra* par. 6.

³⁰ Si v. le riflessioni di VALLUARI, *Le azioni positive per la libertà sostanziale*, in *LD*, 2023, 1, 34 ss.

³¹ Su cui ampiamente D'ONGHIA, *La centralità della pianificazione dei fabbisogni e del sistema di reclutamento per una pubblica amministrazione efficiente*, in *VTDL*, 2020, 1, 75 ss.

³² È del 30 giugno 2022 la pubblicazione del "Regolamento recante individuazione degli adempimenti relativi ai piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione" (d.p.r. 24 giugno 2022, n. 81). Con d.m. del 24 giugno 2022 è stato, inoltre, definito il contenuto ed è stato fornito lo schema-tipo per le amministrazioni pubbliche.

Parrebbe - prendendo in prestito una citazione di uno scritto di qualche anno fa³³ - che questa volta il legislatore abbia voluto far tesoro del noto insegnamento del rasoio di Occam (*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*).

Ebbene, questo strumento, che supera la frammentazione degli istituti programmatori sviluppatasi negli anni, consente di qualificare l'utilizzo dei documenti già previsti dentro un quadro di pianificazione sistemica, caratterizzata da un coordinamento sempre più efficace tra le diverse parti: permette di organizzare in modo integrato le performance delle pubbliche amministrazioni e di definire aspetti critici per la efficacia dell'attività amministrativa, tra cui anche le azioni finalizzate al pieno rispetto della parità di genere.

Sicché la prospettiva auspicabile è che, con uno sforzo di integrazione e coerenza interna, ricollegando il PAP (piano delle azioni positive), di cui all'art. 48, d.lgs. n. 198/2006, alle politiche HR, volte a un ottimale utilizzo delle risorse umane³⁴, potrebbero meglio e più efficacemente qualificarsi di volta in volta le politiche di genere nelle strategie di sviluppo di essa.

È quanto evidenziato anche nelle già richiamate linee guida sulla parità di genere, che sottolineano l'importanza del coevo monitoraggio del fenomeno, rendendole pubbliche tramite gli strumenti della trasparenza (par. 6.1, lett. A), al fine di valutare se le misure adottate contribuiscano o meno alla riduzione delle disuguaglianze.

La convinzione alla base è d'altronde che per realizzare un reale cambiamento di paradigma sul tema della *gender equality* sia necessario che i principi di parità di genere e di rispetto delle diversità siano opportunamente ed efficacemente integrati negli obiettivi aziendali, anche di benessere organizzativo³⁵, e nella loro programmazione strategica³⁶.

6. Il sistema di certificazione della parità di genere ex art. 46 bis d.lgs. n. 198/2006 nell'esperienza delle pp.aa.

Come detto in apertura, però, sempre in attuazione del PNRR sono stati introdotti alcuni strumenti mirati nell'ambito della Missione 5, che incidono in via diretta sulla questione di genere, con l'obiettivo dichiarato di avviare un processo virtuoso di riduzione dei divari.

³³ GARILLI, *Dove va il pubblico impiego?*, in GARILLI, NAPOLI, (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150)*, in *NLCC*, 2011, 5, 1091.

³⁴ MAINARDI, *La valorizzazione delle risorse umane nelle PA. Trattamenti accessori e fondi per la contrattazione integrativa*, in *RGL*, 2018, 453 ss.

³⁵ NICOSIA, *La ricerca della felicità: aspettativa o diritto al benessere nel lavoro pubblico?*, in *WP D'Antona, It.*, n. 453/2022.

³⁶ Cfr. alcune riflessioni ancora attuali sulle riforme sul piano delle dotazioni organiche delle pp.aa. in ESPOSITO, *Sisifo unchained? La pianificazione delle risorse umane nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2018, 3, 67 ss.

Uno di questi è l'ormai noto "Sistema di certificazione della parità di genere", previsto dall'art. 46 *bis*, d.lgs. n. 198/2006 e che opera senza eccezioni anche per le organizzazioni di natura pubblica di qualunque dimensione.

La norma prevede nello specifico il rilascio di una certificazione, demandato a organismi di valutazione accreditati ai sensi del Regolamento (CE) 765/2008 (in Italia ad oggi 52 organismi hanno ottenuto accreditamento da Accredia, 2 dei quali lo scorso luglio), all'esito di un *iter* di valutazione, avviato esclusivamente su richiesta volontaria dell'organizzazione, con cui sia stato accertato il raggiungimento di un certo livello di maturità nell'ambito delle proprie politiche di *gender equality*.

La previsione è stata completata dalla emanazione della Prassi UNI/PdR 125:2022 ("Linee guida sul sistema di gestione della parità di genere"), che ne prevede in concreto i parametri di conseguimento. In particolare, questa individua sei aree di valutazione e, per ogni area, degli indicatori (*KPI - Key Performance Indicators*) di natura quantitativa, misurati in termini di presenza o non presenza, e di natura qualitativa, misurati in termini di delta percentuale rispetto a un valore interno aziendale o al valore medio di riferimento nazionale o del tipo di attività economica svolta³⁷.

Il "bollino rosa", ottenuto al raggiungimento dello *score* minimo richiesto, ha però una validità triennale ed è comunque soggetto a monitoraggio annuale e a verifica ogni biennio, in un'ottica assolutamente condivisibile di costante evoluzione che deve ispirare non solo l'attività dell'organizzazione certificata, ma anche gli strumenti stessi di monitoraggio e valutazione, che vengono periodicamente aggiornati³⁸.

Si tratta di un mezzo che consente ai datori di lavoro (quelli pubblici compresi), che si distinguono per l'adozione di politiche virtuose di riduzione del divario di genere, di riscuotere, in caso di valutazione positiva, una serie di vantaggi, in linea con quella logica della premialità/incentivazione che ispira trasversalmente l'attuazione del Piano.

È previsto, infatti, un esonero dal versamento dei contributi previdenziali (art. 5, comma 1, l. n. 162/2021); un punteggio premiale per la valutazione, da parte di autorità titolari di fondi europei nazionali e regionali, di proposte progettuali ai fini della concessione di aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti (art. 5, comma 3, l. n. 162/2021); che si aggiungono - va detto - agli indiscutibili benefici derivanti dal *surplus* reputazionale che le organizzazioni acquisiscono nel mercato. Rendendo conoscibili all'esterno i risultati raggiunti su temi chiave quali la parità salariale, la tutela della maternità/paternità e delle

³⁷ A sei mesi dalla pubblicazione della Prassi, l'Ente di normazione UNI e Accredia hanno reso disponibili alcune FAQ interpretative, di recente ulteriormente aggiornate (per l'ultima versione https://www.uni.com/images/stories/uni/pdf/altri_documenti/FAQ_pdr125_accredia_uni_agg1.pdf). Rileva alcune criticità sull'applicazione degli indicatori LAMBERTI, *I Key Performance Indicators della certificazione della parità di genere. Una lettura critica*, in *Federalismi.it*, 2023, 9, 210 ss.

³⁸ Sul punto è da segnalare, ad esempio, la specificazione di cui al par. 5.1, ove si afferma che il modello di calcolo (*id est* quello che prevede per ciascun indicatore l'attribuzione di un punteggio, sulla base del quale si determina l'accesso alla certificazione) è da considerarsi «dinamico», nel senso che l'algoritmo si aggiorna ogni anno con una nuova media sulla base dei dati ricevuti per l'anno precedente per ogni categoria (codice ATECO di appartenenza).

dinamiche di conciliazione vita-lavoro, ma anche l'apparato delle tutele contro le molestie e le violenze di genere sul luogo di lavoro³⁹, aumenta l'affidabilità dell'impresa, in linea d'altro canto con quella strategia di *CSR (Corporate Social Responsibility)*, che esula da questa trattazione ma di cui oggi non può non tenersi conto stante l'estrema attualità del tema e l'attenzione che esso riscuote anche in ambito giuslavoristico.

Ciò spiega, a maggior ragione, come mai il legislatore abbia scelto di affidarsi in alcuni casi al diniego della possibilità di ottenere la certificazione quale deterrente rispetto a condotte scorrette e/o abusive: ha così previsto ad esempio, quale sanzione indiretta, il diniego della certificazione nel caso di mancato riconoscimento ad un lavoratore del diritto all'esercizio del congedo di paternità obbligatorio indennizzato, se ciò sia avvenuto nei due anni antecedenti alla richiesta di accreditamento (art. 31 *bis*, comma 1, d.lgs. n. 151/2001, introdotto dal d.lgs. n. 105/2022)⁴⁰.

Se non che, per un verso, le potenzialità sono state ben colte nel settore privato, dove lo strumento ha riscosso un successo che è andato ben oltre le aspettative iniziali: ad oggi più di due mila aziende hanno richiesto ed ottenuto la certificazione (principalmente di medie e grandi dimensioni) e si tratta di un dato in rapida ascesa.

Per altro verso, pare non possa dirsi lo stesso con riferimento alla p.a., dove la certificazione stenta ancora a diffondersi.

Sino a questa estate soltanto due amministrazioni pubbliche erano state certificate: l'AgId (Agenzia per l'Italia digitale), la prima ad aver ottenuto l'accreditamento secondo la UNI PdR125:2022, e l'Università Ca' Foscari di Venezia. Ad esse, lo scorso luglio, si è aggiunto l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) che, stante le sue dimensioni (con circa 24.000 dipendenti è uno degli enti previdenziali più grandi e complessi d'Europa), rianima le sorti dell'istituto nel settore pubblico ma non pare aver innescato un'inversione del *trend* che lo strumento, già a regime da più di due anni, ha ormai intrapreso.

Invero, a giocare un ruolo determinante rispetto a questo assetto di cose è verosimilmente il minore vantaggio che le singole amministrazioni otterrebbero dalla certificazione, che non va oltre un certo *rating* reputazionale e che non costituisce sempre un beneficio sufficiente a giustificare lo sforzo di porsi sotto una "lente" che scrutini le proprie azioni.

Di contro, ben diversi sono i benefici, anche in termini economici, per le aziende private per le quali dunque la corsa alla certificazione rappresenta una opportunità concreta.

³⁹ Sul tema NICOLOSI, *Molestie e molestie sessuali sul lavoro: strumenti e tecniche di tutela e di prevenzione*, in *EQUAL*, 2024, 3-4, 279 ss.; CASALE, *Il diritto ad un mondo del lavoro libero da violenze e molestie*, in *LDE*, 2023, 2 ss.; CALAFÀ, *La violenza e le molestie nei luoghi di lavoro: il poliedrico approccio del diritto del lavoro gender oriented*, in GOSETTI, (a cura di), *Violenza e molestie nei luoghi di lavoro*, Franco Angeli, 2019, 36 ss.

⁴⁰ Si v. sul punto le ulteriori specificazioni relative al regime sanzionatorio di cui alla nota dell'Ispettorato Nazionale del lavoro n. 2414 del 6 dicembre 2022, che evidenzia come, alla luce della nuova previsione, risulti essenziale «verificare, sul piano degli accertamenti ispettivi e in relazione alla mancata fruizione del congedo da parte del lavoratore, un eventuale comportamento datoriale che ne ostacoli la fruizione».

7. L'equità "a vantaggio" e "a carico" di imprese affidatarie di concessioni o appalti pubblici: meccanismi di premialità e di condizionalità.

Al possesso della certificazione sono d'altra parte connessi alcuni meccanismi di premialità in favore di imprese affidatarie di concessione di appalti pubblici, sulle quali è opportuno spendere qualche riflessione trattandosi di misure che, pur rivolte a soggetti "esterni" alla p.a., sono adottate e gestite in ultimo nell'ambito di essa.

In particolare, già nel "vecchio" codice degli appalti, di cui al d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50, efficace fino al 30 giugno 2023, all'art. 95 (come modificato dall'art. 34, d.l. n. 36/2022, convertito con modificazioni dalla l. n. 79/2022) era stato previsto che le stazioni appaltanti attribuissero nei bandi di gara un punteggio premiale per le imprese in possesso della certificazione della parità di genere.

La previsione è poi transitata nel "nuovo" codice, adottato con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che al comma 7 dell'art. 108 («Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture») stabilisce che «Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46 *bis* del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198».

La norma, dunque, nella versione attuale - frutto dell'ulteriore modifica apportata in sede di stesura definitiva dall'art. 2, d.l. 29 maggio 2023, n. 57 - riconnette l'attribuzione del beneficio all'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere, dimostrata esclusivamente attraverso la prova dell'avvenuta certificazione, superando la possibilità, ammessa nella prima versione della disposizione, di comprovare il possesso dei requisiti per il rilascio della certificazione tramite la produzione di una mera autocertificazione.

Per ottenere il privilegio premiale è stata, pertanto, confermata la necessità di un riconoscimento "ufficiale".

Accanto a questo meccanismo ne è previsto poi uno di condizionalità, introdotto dall'art. 47, d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (cd. "Decreto semplificazioni *bis*"), conv. dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, rubricato «Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC», pure a carico di imprese affidatarie di concessioni e appalti pubblici, e a cui più comunemente ci si riferisce con il sintagma di *gender procurement*⁴¹.

In particolare, nell'ambito dei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC (Piano nazionale per gli investimenti complementari), al fine di favorire le pari op-

⁴¹ GOBBATO, DE MENECH, *Le misure introdotte per la garanzia della parità di genere e il coinvolgimento dei lavoratori disabili, anche in relazione agli appalti pubblici e ai progetti del PNRR*, in *LDE*, 2021, 4, 2 ss.

portunità di genere ma anche generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, il comma 4 prescrive che «Le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne [...]» aggiungendo, all'ultimo periodo, che «è requisito necessario dell'offerta l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa, agli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, e l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile».

Già all'indomani della sua emanazione, però, la norma è risultata alquanto controversa, sollevando una serie di dubbi interpretativi e di questioni applicative.

Ci si è chiesti, ad esempio, se gli oneri imposti dalla normativa dovessero essere presi in considerazione in fase di partecipazione alla gara ovvero di esecuzione della stessa: il nodo è stato presto sciolto dalla giurisprudenza amministrativa, assumendo la natura imperativa e integrativa della disposizione di legge. Quest'ultima richiederebbe all'impresa di impegnarsi ad assicurare una quota minima di assunzioni giovanili e femminili, funzionali a garantire l'esecuzione del contratto⁴², al momento della presentazione dell'offerta⁴³.

In ogni caso, lo stesso decreto se, da un lato, condiziona l'utilizzo dei fondi al soddisfacimento del requisito occupazionale, dall'altro, apre la strada alla possibilità di deroga.

Il comma 7, infatti, prevede che comunque «le stazioni appaltanti possono escludere l'inserimento nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti dei requisiti di partecipazione di cui al comma 4, o stabilire una quota inferiore, dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi

⁴² Cfr. Parere Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili (MIMS) del 12 gennaio 2022, n. 1133.

⁴³ T.A.R. Lecce, 07 novembre 2023, n. 1244, in *OneLegale*. La questione riguardava una gara per l'affidamento dei lavori di ampliamento di una scuola materna rientranti nell'ambito del PNRR, rispetto alla quale l'aggiudicatario non avrebbe assolto agli obblighi dichiarativi previsti, a pena di esclusione dalla procedura, dall'art. 47, comma 4, d.l. n. 77/2021, conv. con l. n. 108/2021, avendo mancato di indicare nella propria offerta il proprio impegno ad assumere, in caso di aggiudicazione del contratto, «una quota pari al 30% di occupazione giovanile», nonché «una quota pari al 15% di occupazione femminile», depennando materialmente tale dicitura dal pertinente modello dichiarativo offerto dall'amministrazione in sede di gara. A fronte della difesa della stazione appaltante, secondo cui l'assunzione dell'impegno in questione afferisce a un requisito di esecuzione dell'appalto e non un requisito di ammissione o di partecipazione alla procedura di gara, il T.A.R. ha ritenuto che l'assunzione dell'obbligo costituisse invece un requisito «necessario dell'offerta», nel senso che la dichiarazione di impegno deve poter essere riscontrabile già in sede di proposizione dell'offerta del soggetto partecipante. La medesima formulazione letterale dell'art. 47, comma 4, ultimo periodo «impone altresì di escludere, il carattere meramente eventuale dell'assunzione dell'obbligo, sostanziosamente lo stesso in un impegno dichiarativo attuale e incondizionato, irrilevante essendo il fatto che tale obbligo sia poi materialmente destinato ad operare, sul piano concreto, solo nelle ipotesi in cui l'operatore dichiarato aggiudicatario avesse necessità di assumere nuovo personale per l'esecuzione dell'appalto aggiudicato».

di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

Sono previsti, dunque, due tipi di deroghe: una consente di escludere *tout court* l'inserimento, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, dei requisiti di partecipazione di cui al comma 4; una è di tipo parziale e concede alle stazioni appaltanti di inserire la condizione ma fissando una quota limite percentuale di assunzione (di donne e giovani) inferiore al 30%. In entrambi i casi le deroghe non operano in modo incondizionato, richiedendo la sussistenza dei presupposti stabiliti dal medesimo comma e di cui occorre dare, di volta in volta, adeguata e specifica motivazione⁴⁴.

Il problema è che i parametri di deroga che consentono l'abbassamento della quota o finanche la sua estromissione, come formulati dal legislatore, risultano estremamente ampi e generici, sì da indebolire sul piano concreto le potenzialità dello strumento e rendendo in alcuni casi del tutto inefficace la previsione. E neppure le linee guida, nel frattempo emanata ("Linee guida per favorire le pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC" del 7 dicembre 2021), chiamate a definire la modalità e criteri applicativi delle misure, ne hanno di fatto circoscritto l'operatività.

Al contrario esse mostrano dei limiti e rischiano di creare alcune distorsioni. Emblematico in tal senso è l'aver previsto che «per quanto attiene alla quota di genere nelle nuove assunzioni, nella motivazione la stazione appaltante potrà fare anche riferimento al livello dei tassi di occupazione femminile, che, del resto, presentano significative differenziazioni tra settori economici e tipologie di committenza pubblica (lavori, servizi e forniture), per cui il raggiungimento della percentuale del 30 per cento delle nuove assunzioni potrebbe incontrare difficoltà in particolari contesti di attività in ragione delle caratteristiche strutturali delle mansioni da svolgere o del contesto di applicazione per gli appalti relativi al PNRR o al PNC»; motivo per il quale, al fine di evitare un onere troppo gravoso per il datore di lavoro nel breve periodo, derivante da una rigida applicazione della regola, nei settori in cui i tassi di occupazione femminile sono ridotti «le stazioni appaltanti possono motivare il ricorso alla deroga, specificando che in quel determinato settore il tasso di occupazione femminile rilevato dall'ISTAT si discosta significativamente dalla media nazionale complessiva nei settori osservati».

In questi termini, però, a prescindere dal fatto che le linee facciano riferimento ad un troppo generico tasso di occupazione (che non tiene conto di profili professionali, livelli, mansioni), il *punctum dolens* è che si consente uno sbarramento "settoriale", con la conseguenza paradossale per cui l'azione positiva opererà verosimilmente in settori in cui vi è

⁴⁴ Cfr. Parere Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili (MIMS) del 22 febbraio 2022, n. 1203 che precisa che si tratta di un onere motivazionale da considerarsi «particolarmente stringente», che le stazioni appaltanti sono tenute ad esternare, con atto espresso del responsabile della stazione appaltante, prima o contestualmente all'avvio della procedura ad evidenza pubblica.

già una certa presenza femminile, piuttosto che in quelli in cui questa è ridotta o del tutto scarsa. Qui, infatti può farsi legittimamente ricorso alla deroga.

Non stupisce, dunque, che la genericità delle previsioni abbia consentito nei fatti di disattendere in larga parte al meccanismo di condizionalità, annichilendo del tutto le finalità proprie della misura.

Il quadro è chiaramente restituito dai dati resi noti da *Open Polis* in collaborazione con l'Anac (Autorità nazionale anticorruzione), su un *dataset* (*OpenPNRR*) ottenuto e aggiornato grazie alle informazioni che l'autorità nazionale rende noti su bandi di gara e avvisi pubblici aperti nell'ambito del PNRR.

Le ultime elaborazioni disponibili, aggiornate all'aprile 2024, registrano che l'ampia maggioranza dei contratti non prevede nessuna quota di assunzione, né per i giovani né per le donne (si tratta del 64% dei bandi sul totale). Fra questi, il 42% delle stazioni appaltanti, nel fare ricorso alla deroga, ha dichiarato come motivo l'importo ridotto del contratto, non sufficiente a consentire nuove assunzioni; mentre si registra un'elevata percentuale di casi (ben il 39%) rientranti nella categoria "altro", ovvero sia in ipotesi eterogenee non specificamente classificabili, rese d'altronde possibili dalla genericità stessa del dato normativo. Non trascurabile è il 5% di casi in cui è la scarsa occupazione femminile nel settore di riferimento ad essere addotta quale motivo di deroga.

A rispettare l'obbligo di legge, invece, assumendo espressamente l'impegno condizionale, sono solo il 32% dei bandi (meno di uno su tre); mentre il restante 3% ha previsto delle quote derogate inferiori a quelle fissate per legge⁴⁵.

Ritorna allora un interrogativo già posto. Al netto dell'indiscussa bontà delle intenzioni di ciascuna delle misure descritte e pur volendo tralasciare le aporie che talora sorgono dalla loro applicazione, la questione di fondo è se l'efficacia del ricorso a tali strumenti possa davvero prescindere da un percorso virtuoso di cambiamento culturale ben più profondo e di lungo periodo, in cui la parità di genere non sia legata in sostanza né a sanzioni né a premi. Le novità, soprattutto quando restituiscono risultati positivi, vanno senz'altro accolte positivamente, ma le capacità di impatto di un singolo obbligo o di una singola misura restano sempre limitate se non accompagnate da un cambio netto di prospettiva, che nei fatti continua evidentemente a mancare. Motivo per il quale ci si trova dinanzi ad un obiettivo - *id est* quello della parità di genere - che è oggetto di un'attenzione indiscussa e sconfinata, cui sono indirizzati una miriade di interventi, ma che ciononostante rimane di fatto ancora oggi irrealizzato. Ma d'altronde come affermava un noto romanziere francese «se la perfezione non fosse davvero una chimera, non avrebbe tanto successo».

⁴⁵ I dati sono consultabili sul sito di OpenPolis (<https://www.openpolis.it>). La tendenza conferma sostanzialmente quella registrata nello stesso periodo dello scorso anno: era il 69% il totale dei bandi PNRR pubblicati fin ad allora non prevedeva clausole occupazionali per giovani e donne; il 28% gli avvisi pubblici che prevedevano il vincolo di assunzioni di almeno il 30% di donne e giovani.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. lav., ordinanza (interlocutoria) 16 gennaio 2024, n. 1636; Pres. Di Paolantonio – Rel. Casciaro – C. S. (Avv. Vacirca, Parpaglion, Ventura) c. Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Trieste (Avv. Bianca).

Rimette la causa alla pubblica udienza e rinvia a nuovo ruolo.

Impiego pubblico – Igiene e sanità pubblica. Dirigenti medici – Incarico a termine presso altro Stato dell’UE – Diritto all’aspettativa – Sussistenza – Verifica.

Si dispone la trattazione della causa in pubblica udienza per l’esame della questione relativa al contrasto con il principio unionale di libera circolazione dei lavoratori di una normativa nazionale che non riconosce al dirigente medico il diritto incondizionato all’aspettativa per assumere un incarico in altro Stato dell’Unione europea, a differenza di quanto è previsto per gli incarichi resi nell’ambito del Servizio sanitario nazionale.

Il diritto all’aspettativa dei dirigenti medici per incarichi in altri Stati dell’Unione

Angelica Riccardi

Associata di Diritto del Lavoro nell’Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. – 2. La questione giuridica. Quale disciplina per gli incarichi a termine dei dirigenti medici in altro Stato dell’Unione? – 3. Qualche osservazione (di metodo e di merito) sulla necessità della rimessione.

Sinossi: Il commento esamina un’ordinanza interlocutoria della Corte di cassazione vertente sulla regolazione applicabile agli incarichi dei dirigenti medici in altro Stato dell’Unione europea. La Corte, nella ricostruzione del quadro normativo di riferimento nazionale, rileva una disparità di trattamento, atteso che non verrebbe riconosciuto un diritto incondizionato all’aspettativa per l’assunzione di incarichi in altro Stato membro, a differenza di quanto è previsto per gli incarichi resi nell’ambito del Servizio sanitario nazionale. La “complessità” della questione porta la Corte a rimettere la causa alla pubblica udienza per verificare il contrasto della normativa nazionale con il principio unionale di libera circolazione dei lavoratori. L’A. segnala che tale rimessione deve ritenersi sostanzialmente inutile, considerato che da tempo la Corte di giustizia dell’Unione europea ha segnato con estrema chiarezza i termini in cui la questione deve essere inquadrata e le soluzioni conseguenti.

Abstract: The contribution examines an interlocutory order of the Corte di cassazione concerning the regulation applicable to medical executives' engagements in another State of the European Union. The Court, in reconstructing the national regulatory framework of reference, notes an inequality of treatment, given that an unconditional right to leave of absence would not be recognised for taking up appointments in another Member State, unlike what is provided for appointments made within the National Health Service. The "complexity" of the issue leads the Court to refer the case back to the public hearing to ascertain whether the national legislation conflicts with the EU principle of free movement of workers. The Author points out that this referral must be considered unnecessary, since the Court of Justice of the European Union has long clearly marked out the terms in which the question must be framed and the consequent solutions.

1. I fatti di causa

Un dirigente medico alle dipendenze dell'Azienda sanitaria ospedaliera di Trieste richiede l'aspettativa non retribuita per l'espletamento di un incarico a termine (della durata di un anno) di aiuto ospedaliero presso l'Ospedale di Strasburgo.

L'Azienda nega l'aspettativa, motivando il diniego con la carenza di medici "chirurgicamente indipendenti" a svolgere procedure complesse e il *deficit* di organico di personale medico.

Il dirigente, dopo la reiezione della sua istanza cautelare, rifiuta di riprendere servizio nell'Azienda ospedaliera, che, in conseguenza, ne dichiara la decadenza dall'impiego *ex artt.* 53, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e 60, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3.

Il lavoratore propone domanda al Tribunale di Trieste tesa a ottenere l'accertamento dell'illegittimità del diniego di aspettativa e, per l'effetto, la nullità della decadenza dall'impiego dichiarata dall'azienda, con conseguente ripristino del rapporto di lavoro.

Il Tribunale rigetta la domanda del dirigente medico, che propone appello alla Corte d'appello di Trieste.

La Corte d'appello conferma la sentenza del Tribunale, rilevando che il Ccnl applicabile al caso in questione richiama espressamente per gli incarichi nell'Unione europea l'art. 23 *bis* del d.lgs. n. 165/2001, che fa riferimento a "preminenti esigenze organizzative" che consentono il diniego dell'aspettativa, esigenze che sono reputate dimostrate nella fattispecie in esame. La Corte d'appello sostiene che nel caso di specie non ha rilievo il richiamo né all'art. 15 *septies* del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, che prevede l'aspettativa a domanda – in quanto questa norma si riferisce esclusivamente ad incarichi nell'ambito del SSN e si muove «nel contesto della disciplina del pubblico impiego» –, né ai principi di libera circolazione dei lavoratori nell'Unione, considerata la precedente esperienza all'estero del ricorrente e la necessità di bilanciare l'interesse formativo di quest'ultimo con gli interessi propri del SSN.

La Corte d'appello giudica, dunque, legittima la decadenza *ex artt.* 53, d.lgs. n. 165/2001, e 60, d.p.r. n. 3/1957, dichiarata dall'Azienda, ritenendo il rifiuto del lavoratore di riprendere servizio non solo ingiustificato, ma anche contrario a buona fede.

Avverso la sentenza della Corte d'appello di Trieste, il dirigente propone un ricorso per Cassazione articolato su tre motivi, il primo dei quali viene esaminato nell'ordinanza in commento¹.

2. La questione giuridica. Quale disciplina per gli incarichi a termine dei dirigenti medici in altro Stato dell'Unione?

Il ricorrente denuncia, con il primo motivo, «la violazione dell'art. 23 *bis*, d.lgs. n. 165/2001, nonché dell'art. 10, comma 8, del contratto integrativo del Ccnl Area della dirigenza ruoli sanitario, professionale, tecnico ed amministrativo del SSN del 10 febbraio 2004, in riferimento agli artt. 1362, 1363 e 1367 c.c. e all'art. 12 Preleggi, anche in relazione all'art. 39 Trattato CE ed all'art. 15 *septies*, comma 4, d.lgs. n. 502/1992», sostenendo, in particolare, che il giudice d'appello «avrebbe svalutato la disciplina speciale di settore che avrebbe dovuto guidare nell'esegesi – conforme all'ordinamento sovranazionale – della norma contrattuale da applicare, la cui lettera era chiara, sicché il richiamo all'art. 23 *bis*, d.lgs. n. 165/2001, aveva solo funzione di estendere il diritto all'aspettativa per le ipotesi di incarichi nei Paesi dell'Unione».

Con questo motivo si denuncia la violazione di norme di fonte legale e contrattuale, facendo riferimento sia alle generali disposizioni codicistiche in tema di interpretazione, sia alla legislazione speciale di settore e al principio eurounitario di libertà di circolazione dei lavoratori.

Nella disamina della questione portata in giudizio, la Corte di cassazione ricostruisce preliminarmente il rapporto tra le fonti normative che vengono in rilievo, rappresentate dal d.lgs. n. 502/1992 (*Riordino della disciplina in materia sanitaria*), che all'art. 15 *septies*² disciplina il conferimento di incarichi per l'espletamento di funzioni di particolare rilevanza e interesse strategico nell'ambito del Servizio sanitario nazionale mediante la stipula di contratti a tempo determinato e prevede, al comma 4, che «per il periodo di durata del contratto [...] i dipendenti di pubbliche amministrazioni sono collocati in aspettativa senza assegni con riconoscimento dell'anzianità di servizio»; e dal d.lgs. n. 165/2001 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*), che all'art. 23 *bis*³ prevede, *sub* comma 1, che «i dipendenti delle pubbliche amministrazioni [...] sono collocati, salvo motivato diniego dell'amministrazione di appartenenza in ordine alle proprie preminenti esigenze organizzative, in aspettativa senza assegni per lo svol-

¹ Dato il rilievo "pregiudiziale" del primo motivo di ricorso, nell'ordinanza la Corte non affronta gli altri motivi proposti dal lavoratore.

² Questo articolo, rubricato *Contratti a tempo determinato*, è stato aggiunto dall'art. 13, comma 1, del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229.

³ Rubricato *Disposizioni in materia di mobilità tra pubblico e privato*.

gimento di attività presso soggetti e organismi, pubblici o privati, anche operanti in sede internazionale, i quali provvedono al relativo trattamento previdenziale»⁴.

Mentre la legislazione settoriale prevede dunque un collocamento in aspettativa “a domanda” per lo svolgimento di incarichi nell’ambito del Servizio sanitario nazionale, la disciplina stabilita in via generale per le pubbliche amministrazioni fa salva la possibilità di “motivato diniego” dell’ente per le ipotesi di mobilità.

Nella ricostruzione del rapporto tra le due norme, la Corte di cassazione sostiene che l’art. 15 *septies* del d.lgs. n. 502/1992, che si pone “in rapporto di specialità” con l’art. 23 *bis* del d.lgs. n. 165/2001, «escluderebbe tuttavia il diritto all’aspettativa per gli incarichi conferiti da struttura straniera nell’ambito del servizio sanitario» come quello portato in giudizio (punto 5). Gli incarichi presso soggetti e organismi pubblici o privati operanti in sede internazionale ricadrebbero pertanto nella disciplina generale posta dalla seconda disposizione, con la conseguenza che il diritto all’aspettativa sarebbe subordinato all’assenso della struttura di appartenenza (punto 6).

Il già complesso rapporto tra queste due norme di legge viene ulteriormente complicato da una norma contrattuale, che costituisce uno snodo fondamentale nella ricostruzione di questo rapporto sia nel ricorso presentato dal lavoratore sia nell’ordinanza della Cassazione.

Il Ccnl integrativo del Ccnl Area della dirigenza ruoli sanitario, professionale, tecnico ed amministrativo del SSN, stipulato il 10 febbraio 2004, disciplina la materia dell’aspettativa all’art. 10, che al comma 8⁵ stabilisce: «L’aspettativa, senza retribuzione e senza decorrenza dell’anzianità, è, altresì, concessa al dirigente con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, a domanda, per: [...] b) tutta la durata del contratto di lavoro a termine se assunto con rapporto di lavoro ed incarico a tempo determinato presso la stessa o altra azienda o ente del comparto, ovvero in altre pubbliche amministrazioni di diverso comparto. L’aspettativa prevista dall’art. 23 *bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 per attuare la mobilità pubblico-privato si applica esclusivamente nei casi in cui l’incarico sia conferito da Organismi pubblici o privati dell’Unione europea o da ospedali pubblici dei paesi dell’Unione stessa o da Organismi internazionali. L’incarico già conferito al dirigente dall’azienda o ente che concede l’aspettativa è sospeso per la durata dell’aspettativa e prosegue al suo rientro a completamento del periodo mancante sino alla valutazione».

Questa norma introduce una differenziazione nella disciplina dell’aspettativa a seconda che gli incarichi siano conferiti da una pubblica amministrazione nazionale o da organismi

⁴ Deve rilevarsi, per inciso, che nella formulazione originaria questa disposizione aveva un comma 10 che rinviava a un regolamento (da emanarsi ai sensi della l. 23 agosto 1988, n. 400) l’individuazione dei soggetti privati e degli organismi internazionali e la definizione delle procedure attuative della mobilità prevista dalla norma. Questo comma è stato abrogato dall’art. 2, comma 9 *bis*, d.l. 31 agosto 2013, n. 101, conv., con mod., dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125.

⁵ Nella versione modificata dal successivo Ccnl Area della dirigenza ruoli sanitario, professionale, tecnico ed amministrativo del SSN stipulato in data 3 novembre 2005 (art. 24, comma 15).

e ospedali dell'Unione europea o internazionali, differenziazione che non era prevista nell'originaria formulazione, che regolava congiuntamente l'assunzione di incarichi in amministrazioni italiane e in organismi dell'Unione⁶.

La portata della norma contrattuale non è perspicua.

Secondo il ricorrente, al richiamo all'art. 23 *bis* del d.lgs. n. 165/2001 è da assegnare esclusivamente la funzione di "estendere" il diritto all'aspettativa, come delineato dalla disciplina speciale di settore (*i.e.* dall'art. 15 *septies* del d.lgs. n. 502/1992), alle ipotesi di incarichi nei Paesi dell'Unione (punto 1). Il rinvio, dunque, sarebbe semplicemente diretto a ricomprendere nel campo di applicazione della norma del d.lgs. n. 502/1992 le fattispecie in questione.

Di segno diverso è, invece, la ricostruzione della Cassazione, secondo cui il richiamo del Ccnl alla generale disciplina posta dal d.lgs. n. 165/2001 per gli incarichi conferiti da organismi o ospedali dei paesi dell'Unione europea è un rinvio in senso proprio, cioè vale a determinare l'applicazione di questa normativa generale, consentendo conseguentemente «il diniego dell'aspettativa laddove ravvisabili, appunto, "preminenti esigenze organizzative" dell'Azienda d'appartenenza, a fronte delle quali il diritto del dipendente al libero stabilimento nell'Unione risulterebbe sacrificato» (punto 7).

Tratteggiato in tal modo l'impianto regolativo, si solleva la questione di un possibile impedimento (o dissuasione) all'accettazione di impieghi in altri Stati membri (punto 8), «in contrasto con gli articoli da 45 TFUE a 48 TFUE, i quali mirano a evitare che un lavoratore che, avvalendosi del diritto alla libera circolazione, intenda prestare attività in più di uno Stato membro, riceva, senza giustificazione oggettiva, un trattamento meno favorevole rispetto a chi svolga la carriera, invece, solo all'interno di un solo Stato membro» (punto 9). La Corte richiama espressamente nell'inquadramento di tale questione, da una parte, la sentenza C. giust., sez. I, 13 luglio 2016, causa C187/15, *Jo. Pö.*, che dichiara che «l'insieme delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone mira a facilitare ai cittadini dell'Unione europea l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura nel territorio dell'Unione ed osta a provvedimenti che potrebbero sfavorirli qualora essi intendano svolgere un'attività economica nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di origine» (punto 10); dall'altra, la sentenza C. giust., sez. IV, 26 settembre 2013, causa C539/11, *Ottica New Line*, nella quale si afferma che restrizioni alla libertà di stabilimento «possono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale», tra i quali la "tutela della sanità pubblica", a condizione che siano atte a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso (punto 11).

⁶ Si prevedeva: «L'aspettativa, senza retribuzione e senza decorrenza dell'anzianità, è, altresì, concessa al dirigente con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, a domanda, per: [...] b) tutta la durata del contratto di lavoro a termine se assunto presso la stessa o altra azienda o ente del comparto ovvero in altre pubbliche amministrazioni di diverso comparto o in organismi della Unione europea con rapporto di lavoro ed incarico a tempo determinato».

Delineato in tal modo il contesto normativo sia interno sia unionale di riferimento, l'ordinanza pone la questione «se il diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione europea osti, o meno, ad una normativa che non riconosce al dirigente medico il diritto incondizionato all'aspettativa per assumere un incarico in altro paese dell'Unione quando quel diritto è invece riconosciuto per gli incarichi resi nell'ambito del Servizio sanitario nazionale» (punto 12) e – tenuto conto della “complessità delle questioni proposte” e del “conseguente rilievo nomofilattico” – rimette la trattazione della causa alla pubblica udienza.

3. Qualche osservazione (di metodo e di merito) sulla necessità della rimessione

L'ostacolo alla libera circolazione⁷ – e, in conseguenza, la discriminazione – nel caso in esame scaturisce, più che dalle normative in sé, dall'incrocio tra queste che viene prospettato.

Nessun problema si pone per la regolazione dettata in via generale per i dipendenti pubblici dal d.lgs. n. 165/2001, che disciplina all'art. 23 *bis* il collocamento in aspettativa senza operare distinzioni, facendo un generico riferimento «allo svolgimento di attività presso soggetti e organismi, pubblici o privati, anche operanti in sede internazionale»⁸.

Diverso è il discorso per la disciplina speciale stabilita dal d.lgs. n. 502/1992: nell'ambito di questa normativa, che si propone una riorganizzazione complessiva del settore sanitario, la regolazione posta per l'aspettativa dall'art. 15 *septies* è tarata sulla strutturazione del Servizio sanitario nazionale e quindi è circoscritta (in un certo senso inevitabilmente) agli incarichi che hanno svolgimento in questo ambito.

Meno perspicua è, invece, la regolazione posta dalla norma contrattuale, che da una parte estende la disciplina “speciale” del settore sanità agli incarichi presso «pubbliche amministrazioni di diverso comparto», sganciandola pertanto dalle peculiarità del settore in esame; dall'altra rimanda alla disciplina valevole per la generalità delle pubbliche amministrazioni per gli incarichi conferiti da organismi o strutture sanitarie unionali e internazionali. La ricostruzione dell'intreccio tra queste fonti operata dalla Cassazione nell'ordinanza in commento, che assegna a norme diverse la disciplina degli incarichi in dipendenza del

⁷ In argomento si rinvia a GIUBBONI, ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, il Mulino, 2007; NAPPI, *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO, (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Utet, 2010, 251 ss.; MENEGATTI, *The Evolving Concept of “worker” in EU law*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2019, 71 ss.; MONTANARI, *La libera circolazione dei lavoratori*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO, (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2021, 129 ss.

⁸ Tale collocamento in aspettativa è condizionato all'assenza di diniego dell'amministrazione di appartenenza motivato da esigenze organizzative.

soggetto conferente⁹, ha come risultato una disparità di trattamento tra incarichi svolti in ambito nazionale (per cui si ha un'aspettativa a domanda) e incarichi svolti nell'UE (per cui si ha un'aspettativa condizionata).

Questo esito sarebbe, invece, stato evitato qualora la Corte avesse seguito la ricostruzione proposta dal ricorrente, che assegna al rinvio contenuto nel Ccnl un semplice valore estensivo; o, più in generale, avesse valorizzato la regolazione posta dal d.lgs. n. 502/1992 come disciplina *ad hoc* per il personale del settore sanità, valevole indipendentemente dalla sede del soggetto conferente l'incarico.

Questa opzione interpretativa sarebbe stata, per altro verso, del tutto in linea con il riconoscimento che nello stesso d.lgs. n. 165/2001 si ha della specialità della regolazione posta dal d.lgs. n. 502/1992 per la dirigenza del settore, con la disciplina di questa materia in una norma *ad hoc*, l'art. 26 (rubricato *Norme per la dirigenza del Servizio sanitario nazionale*), che rinvia espressamente al d.lgs. n. 502/1992 per la definizione di alcuni profili dell'attribuzione di incarichi dirigenziali¹⁰.

Quest'ultimo, a sua volta, rimanda per la disciplina della dirigenza sanitaria alla regolazione posta per la generalità delle pubbliche amministrazioni «salvo quanto previsto dal presente decreto» (art. 15, comma 2), ribadendo in tal modo la sua connotazione quale *lex specialis*¹¹.

In questi termini è, del resto, ricostruito il rapporto tra le due normative nella più attenta dottrina, che considera la disciplina del d.lgs. n. 165/2001 «come cornice generale del sistema ed altresì come un “magazzino di princìpi” cui attingere in presenza di lacune della disciplina speciale»¹² che viene posta per il comparto sanitario dal d.lgs. n. 502/1992, che costituisce un subsistema completo e autosufficiente con «una propria peculiare articolazione e specificità»¹³.

La Corte di cassazione, invece, accede a una diversa ricostruzione del rapporto tra queste fonti, che porta a un trattamento differenziato per lo svolgimento di incarichi in ambito nazionale e in ambito unionale, in palese contrasto con il diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione europea (e, segnatamente, con l'art. 45 TFUE).

Questo contrasto è chiaramente rilevato nella sentenza C. giust., sez. I, 13 luglio 2016, causa C187/15, cit. – richiamata nell'ordinanza in esame –, che afferma che l'insieme delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone «mira a facilitare

⁹ La Corte, in sostanza, avalla il rapporto tra le due norme prospettato nei precedenti gradi di giudizio.

¹⁰ Il comma 2 di questa norma stabilisce: «Nell'attribuzione degli incarichi dirigenziali, determinati in relazione alla struttura organizzativa derivante dalle leggi regionali di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, si deve tenere conto della posizione funzionale posseduta dal relativo personale all'atto dell'inquadramento nella qualifica di dirigente».

¹¹ In tema LAMBERTUCCI, *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *LPA*, 2006, 5, 825 ss.; NIRONI, *La disciplina della dirigenza sanitaria nella riforma del Servizio sanitario nazionale*, in *SP*, 2001, 347 ss.

¹² MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *LPA*, 2003, 3-4, 475.

¹³ TORCHIA, *La dirigenza del Servizio sanitario nazionale*, in *SP*, 1997, 257.

ai cittadini dell'Unione europea l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura nel territorio dell'Unione ed osta ai provvedimenti che potrebbero sfavorirli qualora intendano svolgere un'attività economica nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di origine», riprendendo il costante orientamento *in subiecta materia*¹⁴.

La portata del principio di libera circolazione – annoverato tra i “principi fondamentali della Comunità” (*ex multis* C. giust., 15 dicembre 1995, causa C415/93, cit., punto 93) – è stata specificata in una serie di pronunce, che ne hanno sottolineato l'attribuzione ai cittadini degli Stati membri «direttamente dal Trattato»¹⁵.

Sulla base di queste premesse, la Corte UE ha ripetutamente affermato che «gli articoli da 45 TFUE a 48 TFUE mirano, in particolare, ad evitare che un lavoratore che, avvalendosi del diritto alla libera circolazione, abbia prestato attività in più di uno Stato membro riceva, senza giustificazione oggettiva, un trattamento meno favorevole rispetto a chi abbia compiuto l'intera carriera in un solo Stato membro»¹⁶.

Non assume rilievo nella fattispecie portata in giudizio il quarto comma dell'art. 45 TFUE che esclude dall'applicazione delle norme sulla libertà di circolazione gli «impieghi nella pubblica amministrazione»¹⁷, in quanto sono intesi come “pubbliche amministrazioni” ai fini della norma esclusivamente gli uffici deputati ad assolvere ad «attività che partecipino all'esercizio di pubblici poteri» (art. 51 TFUE), cioè caratterizzati al contempo dall'esercizio di autorità pubblica e dalla cura e salvaguardia degli interessi generali dello Stato¹⁸, elementi che, indubbiamente, non ricorrono nel caso in questione (sulla non ricomprensione delle attività di medico specialista svolte presso pubbliche amministrazioni nell'ambito

¹⁴ C. giust., 15 dicembre 1995, causa C415/93, *Bosman*, punti 94 e 95; C. giust., grande sezione, 1 aprile 2008, causa C212/06, *Governo della Comunità francese e Governo vallone*, punto 44; C. giust., sez. I, 21 gennaio 2016, causa C515/14, *Commissione/Repubblica di Cipro*, punto 39; C. giust., sez. III, 7 luglio 1988, causa C143/87, *Stanton*, punto 13; C. giust., 7 luglio 1992, causa C370/90, *Singh*, punto 16.

¹⁵ Si vedano C. giust., sez. III, 5 febbraio 1991, causa C363/89, *Roux*, punto 9; C. giust., 7 luglio 1992, causa C370/90, cit., punto 17; C. giust., sez. I, 21 gennaio 2016, causa C515/14, cit., punto 39; C. giust., 15 dicembre 1995, causa C415/93, cit., punti 94 e 95; C. giust., grande sezione, 21 febbraio 2006, causa C152/03, *Ritter-Coulais*, punto 33; C. giust., grande sezione, 1 aprile 2008, causa C212/06, cit., punto 44; C. giust., sez. III, 10 marzo 2011, causa C379/09, *Casteels*, punto 21; C. giust., grande sezione, 16 aprile 2013, causa C202/11, *Las*, punto 19.

¹⁶ In questo senso C. giust., sez. I, 13 luglio 2016, causa C187/15, cit., punto 26; C. giust., sez. II, 30 giugno 2011, causa C388/09, *Silva Martins*, punto 76; C. giust., sez. I, 21 gennaio 2016, causa C515/14, cit., punto 42; C. giust., 5 maggio 1977, causa C104/76, *Jansen*, punto 12; C. giust., sez. II, 7 marzo 1991, causa C10/90, *Masgio*, punti 17, 19 e 23; C. giust., 22 novembre 1995, causa C443/93, *Vougioukas*, punti 41 e 42; C. giust., sez. V, 17 settembre 1997, causa C322/95, *Iurlaro*, punti 23 e 30.

¹⁷ In tema GIUBBONI, ORLANDINI, op. cit.; GNES, *Oltre la cittadinanza nazionale? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri*, in *Gli stranieri*, 2012, 7 ss.; PALAZZO, *L'accesso al pubblico impiego nell'ottica della libertà di circolazione dei lavoratori*, in *DA*, 2017, 753 ss.

¹⁸ GAGLIARDI, *La libertà di circolazione dei dirigenti pubblici europei*, in *DA*, 2020, 164 ss., che sottolinea che questa «interpretazione restrittiva vuole favorire un'applicazione tendenzialmente omogenea del principio, che prescinde dalle scelte organizzative nazionali e dal perimetro che i singoli ordinamenti riconoscono per quella che può definirsi come “pubblica amministrazione” nel senso più tradizionale del termine, consentendo al contempo la massima espansione di uno dei fondamentali diritti affermati dai Trattati».

applicativo dell'art. 48, n. 4, TFUE, vedi C. giust., 15 gennaio 1998, causa C15/96, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou*, punto 25)¹⁹.

L'applicazione del principio di libera circolazione anche ai dipendenti pubblici e il divieto di operare discriminazioni in dipendenza del paese di esercizio della funzione sono stati affermati dal giudice comunitario in una serie di sentenze²⁰, a partire da C. giust., 23 febbraio 1994, causa C419/92, *Scholz*, che, in un giudizio che aveva come parte in causa l'Italia, ha statuito che «l'art. 48 del Trattato CEE deve essere interpretato nel senso che, qualora un ente pubblico di uno Stato membro, assumendo personale per posti che non rientrano nella sfera d'applicazione dell'art. 48, n. 4, del Trattato, stabilisca di tener conto delle attività lavorative anteriormente svolte dai candidati presso una pubblica amministrazione, tale ente non può, nei confronti di cittadini comunitari, operare alcuna distinzione a seconda che tali attività siano state esercitate presso la pubblica amministrazione dello stesso Stato membro o presso quella di un altro Stato membro».

L'ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori rappresentato da una normativa nazionale che, prevedendo un trattamento differenziato di tal fatta, possa «dissuaderli dal lasciare il loro impiego nell'ambito della funzione pubblica del loro paese d'origine per esercitare un'attività lavorativa sul territorio di un altro Stato membro, in un'istituzione dell'Unione o in un'altra organizzazione internazionale» è stato poi ribadito da C. giust., sez. I, 21 gennaio 2016, causa C515/14, cit., punto 45.

Tra le sentenze che si ascrivono a questo orientamento, assume rilievo per vari profili la sentenza C. giust., 15 gennaio 1998, causa C15/96, cit. In questa pronuncia, in primo luogo, si ribadisce sul piano generale che la violazione del principio di non discriminazione posta in essere da una normativa nazionale che esclude la possibilità di prendere in considerazione periodi di lavoro compiuti presso enti pubblici di altri Stati membri non è messa in discussione «dal fatto che il pubblico impiego sia soggetto a regole di organizzazione e di funzionamento che variano da uno Stato membro all'altro» (punto 24); in secondo luogo, si specifica che, in ogni caso, le attività di medico specialista svolte «tanto presso la pubblica amministrazione dello Stato membro di partenza, quanto presso quella dello Stato membro ospitante, vanno considerate analoghe. Va ricordato in proposito che trattasi di una professione disciplinata a livello comunitario» (punto 11) e «non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 48, n. 4, del Trattato» (punto 25).

Considerato che la giurisprudenza unionale avanti richiamata aveva da tempo chiaramente preso posizione su questioni analoghe a quella portata in giudizio, la rimessione alla pubblica udienza che viene disposta nell'ordinanza in commento appare discutibile.

¹⁹ *Infra*.

²⁰ Per approfondimenti si rinvia a FUENTETAJA PASTOR, *La libre circulación de empleados públicos*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2003, 44 ss.; PEKASSA NDAM, *La notion d'administration publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Revue de droit public*, 2012, 363 ss.; GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Jovene, 2012, 59 ss.

Questa rimessione, peraltro, appare ancora più discutibile ove si consideri che, appena qualche mese prima, la Corte di giustizia, con la sentenza della sez. VI, 15 giugno 2023, causa C132/22, *B.M. e N.P.*, aveva dichiarato la contrarietà al principio di libera circolazione di una normativa italiana che, al pari di quella oggetto dell'ordinanza, determinava un trattamento meno favorevole di un dipendente pubblico che, avvalendosi del suo diritto alla libera circolazione, aveva svolto attività lavorative in più di uno Stato membro²¹.

Se queste pronunce della Corte UE vengono ignorate nell'ordinanza della Cassazione qui annotata, altre pronunce, del tutto fuori contesto, vengono prese in considerazione.

Nell'ordinanza viene richiamata, nell'individuazione dei principi unionali alla stregua dei quali inquadrare la fattispecie portata in giudizio (punto 11), la sentenza C. giust., sez. IV, 26 settembre 2013, causa C539/11, cit., punti 33 e 34, e questo richiamo non è pertinente per varie ragioni.

In primo luogo, la sentenza della Corte di giustizia a cui si fa riferimento riguarda la libertà di stabilimento, che ha una regolazione distinta e si muove in una cornice molto diversa da quella della libertà di circolazione che è oggetto di causa²². In secondo luogo, «i motivi imperativi di interesse generale» – e, nella specie, l'«obiettivo generale attinente alla tutela della sanità pubblica» – che vengono posti a base delle restrizioni alla libertà di stabilimento²³ in questa sentenza non sono ravvisabili nello svolgimento temporaneo in altro paese di un incarico medico.

Assodato che al quesito sollevato dalla Cassazione sulla contrarietà alla libertà di circolazione di una normativa che differenzia il regime dell'aspettativa dei dirigenti medici in base al paese di svolgimento dell'incarico deve darsi risposta positiva, il principio della primazia del diritto unionale porta a un duplice sbocco per la questione portata in giudizio. Prima strada è quella dell'interpretazione conforme²⁴.

²¹ In questa pronuncia la CGUE afferma: «(19) Dalla giurisprudenza risulta che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 45 TFUE le condizioni di assunzione, segnatamente per gli impieghi nella pubblica amministrazione diversi da quelli di cui al paragrafo 4 di tale disposizione (v., in tal senso, sentenze del 26 maggio 1982, *Commissione/Belgio*, 149/79, EU:C:1982:195, punto 11; nonché dell'11 febbraio 2021, *Katoen Natie Bulk Terminals e General Services Antwerp*, C407/19 e C471/19, EU:C:2021:107, punto 82). (20) Disposizioni nazionali che ostacolano o dissuadano un lavoratore, cittadino di uno Stato membro, dall'abbandonare il suo Stato di origine per esercitare il suo diritto alla libera circolazione costituiscono ostacoli a questa libertà, ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 1, TFUE, anche qualora esse si applichino indipendentemente dalla nazionalità dei lavoratori interessati (sentenza del 28 aprile 2022, *Gerencia Regional de Salud de Castilla y León*, C86/21, EU:C:2022:310, punto 23, e giurisprudenza ivi citata). (21) Inoltre, l'articolo 45 TFUE ha in particolare lo scopo di evitare che un lavoratore che, avvalendosi del suo diritto alla libera circolazione, abbia svolto attività lavorative in più di uno Stato membro riceva, senza giustificazione oggettiva, un trattamento meno favorevole rispetto a chi abbia svolto tutta la sua carriera in un solo Stato membro (sentenza del 28 aprile 2022, *Gerencia Regional de Salud de Castilla y León*, C86/21, EU:C:2022:310, punto 24, e giurisprudenza ivi citata)».

²² In tema BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, il Mulino, 2008; CASALE, *La libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO, (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2021, 142 ss.

²³ Si rileva, per inciso, che il richiamo in esame è altresì inutile dato che, anche in relazione alla libertà di circolazione dei lavoratori, l'art. 45 TFUE fa espressamente salve al comma 3 le «limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica».

²⁴ Vedi, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, PICCONE, *L'ordinamento integrato, il giudice nazionale e l'interpretazio-*

Già nella sentenza C. giust., sez. I, 13 luglio 2016, causa C187/15, cit., espressamente richiamata nell'ordinanza in commento, si afferma – riprendendo un consolidato orientamento²⁵ – che «il principio d'interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme e applicando i metodi d'interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultimo» (punto 43).

Alla stregua di questo principio, la Corte di cassazione ben avrebbe potuto interpretare l'art. 15 *septies* del d.lgs. n. 502/1992 come applicabile anche ad incarichi conferiti da soggetti dell'Unione europea, dilatando in via esegetica l'ambito applicativo della norma in modo da renderla conforme al principio della libertà di circolazione.

I limiti a questa interpretazione conforme – individuati nella stessa pronuncia nei principi generali del diritto e nell'interpretazione non *contra legem* del diritto nazionale (punto 44)²⁶ – non sarebbero stati violati nel caso in questione, considerato che quella proposta rappresenterebbe, al più, un'interpretazione *praeter legem*.

Seconda strada è quella della disapplicazione²⁷.

Anche questa strada è chiaramente indicata nella pronuncia della CGUE a cui l'ordinanza in epigrafe fa riferimento (C. giust., sez. I, 13 luglio 2016, causa C187/15, cit.), che prescrive, in caso di non possibilità di applicazione conforme, l'obbligo del giudice nazionale di «applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando ogni disposizione nazionale la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe a un risultato contrario al diritto dell'Unione» (45), specificando che, ove il diritto nazionale preveda «un trattamento differenziato tra vari gruppi di persone in violazione del diritto dell'Unione, i membri del gruppo sfavorito devono essere trattati allo stesso modo ed essere assoggettati allo stesso regime degli altri interessati. Il regime applicabile ai membri del gruppo favorito, in mancanza della corretta applicazione del diritto dell'Unione, resta il solo sistema di riferimento valido» (46)²⁸.

Anche questo percorso, pertanto, avrebbe avuto come esito l'applicazione *tout court* dell'art. 15 *septies* del d.lgs. n. 502/1992 all'incarico del dirigente medico presso l'ospedale di Strasburgo.

ne conforme, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, vol. II, Editoriale Scientifica, 2014, 1173 ss.

²⁵ C. giust., grande sezione, 24 gennaio 2012, causa C282/10, *Dominguez*, punto 27; C. giust., sez. II, 11 novembre 2015, causa C505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, punto 34.

²⁶ Sui limiti all'interpretazione conforme v. C. giust., grande sezione, 15 aprile 2008, causa C268/06, *Impact*, punto 100; C. giust., grande sezione, 15 gennaio 2014, causa C176/12, *Association de médiation sociale*, punto 39. In dottrina BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *rivistaaic.it*, 2015, 1 ss.

²⁷ Per un inquadramento della tematica e indicazioni bibliografiche v. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019.

²⁸ Vedi inoltre, nello stesso senso, le sentenze C. giust., 26 gennaio 1999, causa C18/95, *Terhoeve*, punto 57; C. giust., sez. VI, 22 giugno 2011, causa C399/09, *Landtová*, punto 51; C. giust., sez. II, 19 giugno 2014, *Specht e altri*, cause riunite da C501/12 a C506/12, C540/12 e C541/12, punto 95.

I principi enunciati in questa sentenza della Corte di giustizia sono applicabili *de plano* alla questione affrontata dall'ordinanza annotata, che riguarda appunto il caso di un pubblico dipendente che, avvalendosi del diritto alla libera circolazione, aveva prestato attività in più Stati membri ricevendo, senza giustificazione oggettiva, un trattamento meno favorevole rispetto a chi aveva compiuto l'intera carriera in un solo Stato membro.

Qualora nella ricostruzione della disciplina nazionale la disparità di trattamento venga imputata al Ccnl²⁹, la soluzione è ancora più semplice.

Il regolamento n. 492 del 5 aprile 2011³⁰ stabilisce all'art. 7, comma 4: «Tutte le clausole di contratti collettivi o individuali o di altre regolamentazioni collettive concernenti l'accesso all'impiego, l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro e di licenziamento, sono nulle di diritto nella misura in cui prevedano o autorizzino condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri», riprendendo pedissequamente una previsione già presente nel regolamento n. 1612 del 15 ottobre 1968³¹.

Pur facendosi riferimento in questa norma alla disparità di trattamento tra cittadini di Stati membri diversi, la stessa è stata richiamata dalla CGUE anche in relazione a ipotesi di difformità di trattamento collegate allo svolgimento di periodi di servizio in enti pubblici di Stati diversi, come accade appunto nel caso oggetto dell'ordinanza.

La sentenza C. giust., 15 gennaio 1998, causa C15/96, cit., ha infatti affermato: «1) L'art. 48 del Trattato CE e l'art. 7, nn. 1 e 4, del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, ostano alla clausola di un contratto collettivo, applicabile alla pubblica amministrazione di uno Stato membro, che preveda, per gli impiegati contrattuali di tale amministrazione, un avanzamento per anzianità dopo otto anni di attività lavorativa in un livello retributivo determinato da tale contratto, senza tener conto dei periodi lavorativi, in un settore di attività analogo, precedentemente compiuti presso la pubblica amministrazione di un altro Stato membro. 2) La clausola di un contratto collettivo che comporta una discriminazione contraria all'art. 48 del Trattato ed all'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1612/68 è, ai sensi dell'art. 7, n. 4, dello stesso regolamento, nulla di diritto. In tal caso, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare agli appartenenti al gruppo sfavorito da tale discriminazione lo stesso regime di cui fruiscono gli altri lavoratori, senza chiedere o attendere la previa abrogazione di siffatta clausola attraverso la contrattazione collettiva o qualsiasi altro procedimento».

²⁹ Come nell'ordinanza in epigrafe, che sembra riconoscere al Ccnl il compito di individuare la regolamentazione da applicare (il che è già piuttosto discutibile *ex se*, dato che un atto di autonomia privata non può disporre del campo di applicazione della legge).

³⁰ *Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 n. 492 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione.*

³¹ *Regolamento del Consiglio relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità*, che stabiliva all'art. 7, comma 4: «Tutte le clausole di contratti collettivi o individuali o di altre regolamentazioni collettive concernenti l'accesso all'impiego, l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro e di licenziamento, sono nulle di diritto nella misura in cui prevedano o autorizzino condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri».

Anche in considerazione di questo, la rimessione alla pubblica udienza che la Corte di cassazione dispone nell'ordinanza commentata avrebbe potuto agevolmente essere evitata. Da ultimo, la scelta di rimessione appare tanto più discutibile ove si consideri che al provvedimento illegittimo di diniego dell'aspettativa è correlata una decadenza dall'impiego (risalente al marzo 2014) che ha impedito al dirigente medico in causa anche la partecipazione ad altri pubblici concorsi.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. lav., ordinanza 13 giugno 2023, n. 16785 – Pres. Manna – Est. Bellé – R.C. (avv. De Girolamo) c. Azienda USL (avv. Barsanti).
Conferma App. Roma sent. n. 111/2017

Gravidanza – Nullità del contratto – Contratto di lavoro a tempo determinato – Pubblico impiego – Divieto di adibizione al lavoro – Discriminazione di genere.

Il contratto di lavoro a tempo determinato sottoscritto da una lavoratrice che, a causa del divieto di adibizione al lavoro di cui all'art. 7, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, si trovi con tutta probabilità nell'impossibilità di svolgere effettivamente la prestazione per l'intera durata del rapporto è da considerarsi radicalmente nullo per un vizio che si pone all'intersezione tra l'ipotesi di una sostanziale impossibilità giuridica dell'oggetto ed un'illiceità della causa in concreto.

Divieti di adibizione al lavoro: la prestazione della madre non è impossibile, ma potenzialmente pericolosa

Matteo Attanasio

Dottorando di ricerca International, Private and Labour Law nell'Università degli Studi di Padova

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. – 2. La prospettiva antidiscriminatoria. – 3. La prospettiva di diritto comune – 4. Osservazioni e spunti di riflessione.

Sinossi: A partire dall'analisi di un'ordinanza della Corte di Cassazione che ha dichiarato la nullità di diritto comune di un contratto di lavoro a tempo determinato sottoscritto da una lavoratrice in stato di gravidanza e che, in applicazione del divieto di adibizione al lavoro di cui all'art. 7, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, non avrebbe probabilmente potuto svolgere effettivamente la prestazione per tutta la durata del rapporto, il contributo approfondisce il rapporto non sempre lineare tra la tutela di maternità ed il diritto antidiscriminatorio.

Abstract: Starting from the analysis of an order of the Court of Cassation which declared the nullity of a fixed-term employment contract signed by a pregnant worker under common law and which, in application of the prohibition of assignment to work pursuant to art. 7, of Legislative Decree no. 151 of 26 March 2001, would probably not have been able to effectively perform the service for the entire duration of the relationship, the

contribution deepens the not always linear relationship between maternity protection and anti-discrimination law.

1. I fatti di causa

Un caso deciso lo scorso anno dalla Corte di Cassazione fornisce l'occasione per approfondire quelle che sono da tempo definite le ambiguità ancora presenti in tema di tutela di maternità, ambiguità la cui origine è stata ricondotta ai riferimenti contenuti nell'art. 37, comma 2, Cost. alla «essenziale funzione familiare» della madre ed alla «speciale adeguata protezione» da garantire a lei e al bambino¹.

Oggetto del giudizio in questione era l'annullamento in autotutela da parte di un'AULS di un contratto a tempo determinato sottoscritto da una psichiatra individuata con determinazione dirigenziale per sostituire un altro medico assente dal lavoro.

A seguito del superamento della visita di idoneità all'impiego e della firma del contratto, la dottoressa aveva infatti palesato al datore di lavoro il proprio stato di gravidanza prima di cominciare l'attività, facendo quindi presente che, in ragione del divieto previsto dall'art. 7 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, non avrebbe potuto iniziare ad esercitare le sue mansioni per un periodo che avrebbe, *probabilmente*, coperto l'intero arco temporale della sostituzione a lei assegnata.

Appresa la circostanza e dopo alcune interlocuzioni tra le parti, l'AUSL aveva ritenuto di procedere all'annullamento unilaterale della determina dirigenziale di conferimento dell'incarico e del conseguente contratto, motivandola con l'inidoneità della psichiatra alle mansioni. La lavoratrice ricorreva contro la decisione, ma sia avanti al Tribunale che in Corte d'appello i giudici reputavano del tutto legittima la scelta dell'Amministrazione a causa proprio del disposto di cui al richiamato art. 7, d.lgs. n. 151/2001. In sede d'appello veniva altresì sottolineato come la dottoressa avesse di fatto tratto in errore l'AUSL non rivelando il proprio stato interessante alla visita di idoneità.

La lavoratrice impugnava la decisione appellandosi non solo ai noti principi in tema di privatizzazione del pubblico impiego – che avrebbero dovuto precludere all'Amministrazione di porre unilateralmente nel nulla un contratto già sottoscritto per un vizio proprio dell'atto e non della procedura (art. 5 d.lgs. n. 165/2001) –, ma richiamandosi altresì alle disposizioni in tema di cessazione del rapporto pubblico, che avrebbero dovuto far qualificare come meramente annullabile, e non nullo, il contratto quand'anche si fosse voluto

¹ Per un'analisi generale del tema, cfr. ALES, *(voce) Maternità e congedi parentali*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, 2016, 531 ss. Cfr. altresì MILITELLO, *Questo non è un Paese per genitori (lavoratori)*, in *LD*, 2, 2023, 388 ss., che sottolinea come la contraddittorietà delle tutele di maternità emerga chiaramente dall'assetto di quelle previste per i casi di adozione e affidamento, dove è comunque la madre ad essere individuata quale destinataria della protezione.

ritenerlo contrario ad una norma sostanziale, o effetto di falsità dichiarative della lavoratrice (art. 63 e 55-*quater* d.lgs. 165/2001). Soprattutto, la ricorrente stigmatizzava la discriminatorietà di una nullità contrattuale direttamente ed esclusivamente connessa ad uno stato di gravidanza che, come tale, non avrebbe potuto in nessun caso riguardare un uomo. La difesa sottolineava inoltre che la decisione di eliminare in radice il contratto avrebbe poi finito per aggirare anche il divieto di licenziamento di cui all'art. 54, del d.lgs. 151/2001, evidentemente non applicabile se non ad un rapporto ritenuto quantomeno esistente. I giudici di legittimità non condividevano le tesi della lavoratrice e rigettavano integralmente il ricorso, condannando altresì alle spese la ricorrente.

A tenore della pronuncia, infatti, nessuna norma speciale in tema di licenziamento sarebbe venuta in rilievo nel caso di specie, posta la nullità di diritto comune dalla quale era affetto il contratto stipulato in violazione dell'art. 7, del d.lgs. n. 151/2001. In definitiva, i giudici ritenevano di dover procedere ad una mera pronuncia dichiarativa per un vizio che, dunque, aveva legittimato l'AULS a rifiutare l'esecuzione del contratto sottoscritto.

La qualificazione di nullità di diritto comune, ai sensi dell'art. 1418 c.c., si basava, a dire dei giudici, sugli accertamenti di fatto svolti nei gradi di merito, accertamenti che avrebbero reso palese la violazione di un divieto che i magistrati ricordavano però chiaramente posto «a tutela della gestante e del feto». Sempre in fatto, il periodo di interdizione dal lavoro (che, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 151/2001, decorreva dal momento in cui la lavoratrice aveva informato il datore di lavoro e si sarebbe protratto fino ai sette mesi successivi alla nascita) sarebbe poi stato tale da coprire l'intero svolgimento di un rapporto instaurato, come detto, per esigenze sostitutive, senza che peraltro l'elevata professionalità della lavoratrice ne potesse consentire l'adibizione ad altre mansioni, anche inferiori.

Dalle menzionate circostanze la Corte deduceva che, interamente vanificato il programma negoziale dalla necessità per l'Amministrazione di reiterare il contratto con altro lavoratore, il vizio radicale e insanabile dell'atto si sarebbe dovuto porre «all'intersezione tra l'ipotesi di una sostanziale impossibilità giuridica dell'oggetto (la prestazione non poteva infatti essere resa) ed al contempo di un'illiceità della causa in concreto (perché l'attuazione di quello scambio si sarebbe posta in contrasto con il divieto di legge), in ogni caso ipotesi tutte destinate ad integrare la nullità ai sensi dell'articolo 1418 c.c., comma 2 (...) in forza di ragioni di tutela inderogabile che valgono ben oltre la persona del lavoratore estendendosi, a tutela rafforzata anche del neonato, fino al settimo mese dopo il parto e dunque al di là delle ordinarie regole di astensione obbligatoria del rapporto».

L'ordinanza escludeva invece qualsiasi vizio del consenso, stabilendo che la lavoratrice non fosse obbligata ad informare del proprio stato di gravidanza il datore di lavoro al momento della stipula. Ciononostante, i giudici non rinvenivano profili di discriminatorietà nella condotta datoriale, non potendosi in alcun modo parlare di rifiuto di assunzione o licenziamento a causa di dati obiettivi da cui derivava, a dire della Corte, la nullità del rapporto.

Di più, così argomentando, i giudici escludevano implicitamente anche l'applicazione al caso *de quo* dell'art. 2126 c.c. Non ne era infatti impiegabile né il suo comma primo, che prevede un'esecuzione non verificatasi nel caso concreto, né il secondo, posto che, in caso di nullità

per violazione di norme di tutela del prestatore, è prevista la sola garanzia di un diritto retributivo non ancora maturato nella fattispecie in ragione del mancato avvio delle attività².

Così ricostruita la vicenda processuale, si può passare ad analizzarla.

Due sono le prospettive che vengono in rilievo: la prima, già accennata e che avrebbe permesso una ricostruzione lineare della vicenda, quella del diritto antidiscriminatorio; la seconda, quella seguita dalla Corte guardando alle nullità civilistiche, sulla quale però, proprio per la particolarità del caso, si tenterà di focalizzare l'attenzione.

Come si dirà, da un punto di vista generale, la pronuncia pare non solamente aver deviato da principi di diritto antidiscriminatorio che possono oramai dirsi più che consolidati³, ma anche non integralmente applicato le norme di diritto comune in tema di nullità, pur recessive nell'ambito della tutela antidiscriminatoria⁴.

Al di là della decisione in sé, il provvedimento pare ben evidenziare come l'auspicato cambio culturale nei confronti della genitorialità, seppur anche da ultimo rimarcato a livello europeo con l'adozione della Dir. 2019/1158/UE, stenti a farsi strada nel nostro ordinamento⁵.

Ma procediamo con ordine.

2. La prospettiva antidiscriminatoria

Come anticipato e sostenuto anche in dottrina⁶, una lettura in chiave antidiscriminatoria del divieto di adibizione delle donne al lavoro nei periodi di congedo (obbligatorio o, come nel nostro caso, esteso) avrebbe reso del tutto coerente la ricostruzione della vicenda, impedendo di concludere per una soluzione che, di fatto, ha favorito il datore di lavoro

² Inoltre, ai sensi dell'art. 2126, comma 1, l'illiceità dell'oggetto o della causa avrebbero comunque impedito l'effetto non retroattivo della nullità o del contratto di lavoro (DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2022, 483).

³ Annotando proprio la sentenza in questione, parla di «*chiaro caso di licenziamento discriminatorio, fondato sul motivo della gravidanza*» MILITELLO, *La maternità come «ostacolo» per le donne lavoratrici e il divieto di discriminazione (non) preso sul serio*, in *RIDL*, 2023, II, 748.

⁴ In questo senso DONINI, *L'art. 15 e oltre. La nullità nel diritto antidiscriminatorio*, in *LD*, 2020, n. 4, 611; TOPO, (*voce*) *Lavoratore*, in *Enc. Dir.*, VI, 2023, 755.

⁵ Con riferimento alla trasposizione della direttiva operata dal d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, scrive TINTI, *Il posto della cura. Note su conciliazione dei tempi e flessibilità*, in FERRARA, MILITELLO, SCARPONI, TINTI, *Sesso, genere, discriminazioni: riflessioni a più voci (Parte Quarta) LD*, 2023, n. 2, 399 di «Un'occasione non colta (...) [che] non ha segnato nel diritto del lavoro italiano quel mutamento di approccio alla materia della conciliazione dei tempo e quel riassetto normativo, su cui, in vista della scadenza, si erano formulati convinti auspici, anche alla luce della maggior consapevolezza forzosamente acquisita in un biennio di pandemia (...) per cogliere, di una normativa europea pur esitante nelle soluzioni concrete, l'aspirazione ambiziosa ad accogliere una visione di conciliazione ampia e degna della complessità del tema: orientata alla condivisione di genere dei compiti di cura; allargata nella destinazione oltre i confini della genitorialità oltreché – timidamente – aperta all'omogenitorialità; diversificata negli strumenti volti alla ricerca di un equilibrio dei tempi non più legato a doppio filo con la riduzione di quelli del lavoro».

⁶ Cfr. MILITELLO, *op. cit.*

e penalizzato gravemente la lavoratrice in termini non soltanto retributivi, ma altresì di carriera⁷.

Del resto, già il considerando n. 9 della Dir. 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, specifica che «*la protezione della salute delle lavoratrici gestanti (...) non deve svantaggiare le donne sul mercato del lavoro*». Il richiamato considerando, peraltro, non sembra che la sintesi di approdi giurisprudenziali già raggiunti sia a livello europeo⁸, che interno⁹, da ultimo ribaditi ulteriormente anche dalla Dir. 2006/54/CE (considerando n. 23, art. 2, par. 2, lett. c, art. 14, par. 1, lett. a).

Non bastasse tutto quanto sopra a far ritenere palesemente discriminatoria la condotta tenuta dall'Amministrazione, merita di aggiungersi come, in nessun caso, un'asserita impossibilità dell'oggetto contrattuale si sarebbe potuta contestare ad una lavoratrice a tempo indeterminato con la finalità di far slittare in avanti rispetto alla data concordata la presa effettiva di servizio e tutti i diritti che ne conseguono¹⁰. Con il che, dunque, si aggiunge alla discriminazione diretta fondata sul sesso, il dubbio di una possibile disparità di trattamento (art. 25 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81; art. 4 Dir. 1999/70).

Come si è brevemente cercato di dimostrare, se analizzato nell'ottica del diritto antidiscriminatorio, il caso si presta quindi ad una soluzione piana.

Pacifica l'assenza di obblighi comunicativi in capo alla dipendente in fase di stipula¹¹, l'aver posto nel nulla il contratto sottoscritto a causa della gravidanza – pur a fronte di una

⁷ Senza entrare in più complesse questioni, basti qui ricordare che l'art. 5, comma 4, lett. d) del d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487, specifica che l'aver prestato lodevole servizio a qualunque titolo, per non meno di un anno, nell'amministrazione che ha indetto il concorso costituisca causa di preferenza a parità di titoli e di merito fra i partecipanti ad una procedura concorsuale. Per un'analisi generale del problema della discriminazione e delle pari opportunità cfr. M. BARBERA, *Discriminazione e pari opportunità*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, 2014, 377 ss.

⁸ Si ricorda a questo proposito C. giust., 8 novembre 1990, causa c-177/88, *Dekker*, in Racc. 1990, I-03941 che ha stabilito come un rifiuto di assunzione basato sulla condizione di gravidanza costituisca discriminazione diretta basata sul sesso posta la sua opponibilità solo alle donne; la decisione ha altresì precisato che il principio è poi valido indipendentemente dall'entità di qualsivoglia danno possa derivarne al datore di lavoro (nello stesso senso, ma con specifico riferimento ai lavoratori a termine, anche C. giust., 4 ottobre 2001, causa c-109/00, *Tele Danmark* in Racc. 2001, I-06993. Cfr. anche C. giust., 11 novembre 2010, causa c-232/09, *Danosa*, in Racc. 2010, I-11405, con riferimento all'irrelevanza dell'eventuale essenzialità della presenza in servizio della lavoratrice per la buona esecuzione del contratto di lavoro sottoscritto).

⁹ V. C. cost., 30 giugno 1999, n. 271, reperibile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2000:271 che ha specificato come la maternità non debba essere causa di perdite retributive. Vale anche ricordare C. cost., 8 febbraio 1991, n. 271, reperibile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:1991:61 con cui la Corte ha precisato come si debba evitare che intervengano, in relazione al rapporto di lavoro, comportamenti che possano turbare ingiustificatamente la condizione della donna ed alterare il suo equilibrio psico-fisico durante la gravidanza.

¹⁰ In questo senso C. giust., 3 febbraio 2000, causa C-207/98, *Mahlburg*, Racc. 2000, I-549, che ha chiaramente stabilito (punto 27) che «*l'applicazione delle disposizioni relative alla tutela della donna incinta non può comportare un trattamento sfavorevole per quanto riguarda l'accesso al lavoro di una donna incinta, e impedisce quindi ad un datore di lavoro di rifiutare l'assunzione di una candidata incinta per il fatto che un divieto di lavoro dovuto a tale stato di gravidanza gli impedirebbe di assegnarla, fin dall'inizio e per il periodo di gravidanza, al posto a tempo indeterminato da coprire*».

¹¹ Sono gli stessi giudici a ricordare che per incontestata giurisprudenza non sussiste alcun obbligo per la lavoratrice di comunicare l'inizio di una gravidanza proprio per non frustrare l'obiettivo protettivo delle disposizioni in tema di maternità

piena idoneità professionale della lavoratrice (attestata dal positivo superamento della selezione abilitante) – avrebbe dovuto essere qualificato come palesemente discriminatorio e nullo avrebbe dovuto essere dichiarato l'atto di autotutela e non il contratto di lavoro. Per conseguenza il datore avrebbe dovuto ripristinare il rapporto e risarcire (quantomeno¹²) le indennità di maternità perse a partire dalla data di inizio lavoro concordata dalle parti e fino alla scadenza del termine; ciò, s'intende, anche in assenza integrale della prestazione. Del resto, già in un ormai datato precedente riguardante identica fattispecie, la Cassazione aveva ritenuto che lo stato di maternità andasse considerato irrilevante ai fini della costituzione del rapporto di lavoro e che le tutele indennitarie fossero dovute alla lavoratrice anche in assenza di una prestazione effettiva, così dimostrando l'assoluta incompatibilità con l'ordinamento della perdita di occasioni lavorative per causa di maternità¹³.

Più di recente, la giurisprudenza ha ritenuto discriminatoria – in presenza dei presupposti in tema di allegazione della condotta datoriale (art. 40 d.lgs n. 198/2006) – la mancata proroga o rinnovo di un contratto a termine¹⁴, la mancata stabilizzazione di un'apprendista¹⁵ e la mancata assunzione di personale qualificato in gravidanza al momento dello svolgimento delle procedure di reclutamento¹⁶.

Di tutto ciò la pronuncia non ha tenuto conto, concentrando la propria analisi su di uno scrutinio del caso secondo i tradizionali canoni di valutazione della validità del contratto, trascurando così integralmente il differente approccio della tutela antidiscriminatoria, orientato in chiave sostanziale più che formale¹⁷.

(v. Cass., 6 luglio 2002, n. 9864, in *MGL*, 2002, 654, con nota di GOTTARDI). Più recentemente, ha richiamato il principio anche Cass. 3 luglio 2015, n. 13692 in *FI*, 2015, 1, 9, 2708. Ricava l'insussistenza di qualsivoglia obbligo di *disclosure* in tema di gravidanza, a partire dall'art. 8 della L. 20 maggio 1970, n. 300, anche BACCHINI, *Salute e sicurezza delle lavoratrici gestanti e puerpere*, in *Igiene e Sicurezza del Lavoro*, 5, 2007, 250.

¹² Come noto, nel procedimento sommario antidiscriminatorio di cui all'art. 38 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, è infatti prevista, a richiesta, anche la risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di violazione delle tutele a protezione dei soggetti portatori dei fattori di rischio previsti dalla legge.

¹³ Cfr. Cass., 09 ottobre 1997, n. 9800, in *MGI*, 1997. Con la pronuncia la Corte sottolineava come «la legge n. 1204 del 1971 è ispirata al principio che la lavoratrice non debba subire alcuno svantaggio a causa del suo stato di gestante o partoriente o puerpera. Detta finalità non sarebbe certamente perseguita se la tutela delle lavoratrici madri si limitasse a collocare i periodi di astensione dal lavoro, con corresponsione dell'indennità economica, all'interno di un rapporto di lavoro già iniziato con effettive prestazioni e non si spingesse fino al punto di ricomprendere anche il caso nel quale - a contratto di lavoro concluso - la prestazione lavorativa non sia possibile per effetto di un' interdizione anticipata dal lavoro, disposta dall'Ispettorato del Lavoro». In Cass., 12 dicembre 1997, n. 12604, in *GC*, 2012, 1, I, 150, – in un caso relativo all'assunzione di un tredicenne – i giudici di legittimità hanno poi sottolineato come una tale assunzione non sia da ritenersi viziata da illiceità della causa e che, anzi, dalla stessa derivi comunque l'instaurazione del rapporto assicurativo obbligatorio.

¹⁴ Trib. Milano, 12 giugno 2023, in *RIDL*, 2023, II, 534, con nota di PERUZZI; Cass., 26 febbraio 2021, n. 5476, in *RIDL*, 2021, II, 472, con nota di ORTIS; C. giust., 4 ottobre 2001, causa c-438/99, *Melgar*, in *Racc.* 2001I-06915.

¹⁵ Cass., 03 febbraio 2023, n. 3361 in *LG*, 2023, 5, 522, con nota di GUARNIERI.

¹⁶ App. Roma, 6 febbraio 2024, n. 475, reperibile all'indirizzo <https://www.lpo.it/wp-content/uploads/2024/02/C.-App.-RM-06.02.2024-n.-475.pdf>.

¹⁷ In questo senso anche DONINI, *op. cit.*, 620, che ricorda come i modelli teorici e pratici delle nullità e del diritto antidiscriminatorio risultano del tutto diversi e quasi opposti, con questi ultimi volti a creare rimedi che puntano maggiormente sulla tempestività ed efficacia della tutela piuttosto che sulla tecnica demolitoria nell'interesse generale fondante la teoria delle nullità.

Preso atto di quanto avvenuto in giudizio pare comunque utile approfondire questa diversa prospettiva.

3. La prospettiva di diritto comune

Nonostante l'evidente coerenza della ricostruzione fondata sul diritto antidiscriminatorio, i giudici hanno invece propeso per una valutazione di diritto comune basata sulla nullità prevista dall'art. 1418 c.c., in combinato disposto con il divieto di cui al già menzionato art. 7 del d.lgs. n. 151/2001.

Nel fare ciò, oltre che del diritto antidiscriminatorio¹⁸, anche le peculiarità del divieto di adibizione al lavoro parrebbero essere rimaste troppo sullo sfondo della decisione.

Oltre al dato formale – che specifica come tale proibizione¹⁹ riguardi la mera esigibilità della prestazione e non determini alcuna impossibilità sopravvenuta ma il diritto invece ad accedere alla tutela di maternità, addirittura anche per i periodi esorbitanti dalla durata del contratto a termine che li legittimi (artt. 24 e 57 d.lgs. n. 151/2001) – non appare irrilevante porre l'attenzione sul meccanismo mediante il quale il divieto di adibizione acquista efficacia.

Al fine di attivare pienamente le tutele del capo II, rubricato «Tutela della salute della lavoratrice», l'art. 6 del d.lgs. n. 151/2001, infatti, in coerenza con le disposizioni di cui all'art. 2 della Dir. 92/85/CEE, attribuisce valore decisivo al fatto che la lavoratrice abbia informato della propria condizione il datore di lavoro.

Se ne desume che, prima di questo momento lasciato integralmente alla disponibilità della madre, la prestazione non è solo materialmente, ma anche giuridicamente possibile. La circostanza sembra perciò idonea a sollevare qualche dubbio sulla possibilità di una qualificazione di nullità che trova il suo fondamento su di un divieto che diventa tale solo ove sia la destinataria della protezione ad informarne la controparte.

Inoltre, anche la necessità, testualmente prevista, di ricercare per le lavoratrici impiegate in lavori pericolosi, faticosi e insalubri altre mansioni (anche inferiori) prima di arrivare ad

¹⁸ Del quale è stata però condivisibilmente sottolineata la mancanza di pieno raccordo con la disciplina in tema di maternità, pur a fronte di un espresso richiamo nel testo unico sulla genitorialità (art. 3 d.lgs. n. 151/2001). Ancora MILITELLO, *op. cit.*, 744, parla di «*mai del tutto risolto nodo della incomunicabilità tra le norme dettate a protezione della lavoratrice in gravidanza e il diritto antidiscriminatorio, testimoniata per lungo tempo dal mancato raccordo tra le relative discipline e anche da un approccio della giurisprudenza che ha difeso la specialità dei sistemi normativi*».

¹⁹ Assistita da sanzione penale, evidentemente a carico del solo datore di lavoro. Si v. però C. conti, sez. giur. Reg. Trentino Alto Adige, 21 aprile 2008, n. 21, reperibile nella banca dati One Legale Wolters Kluwer, per un caso, a dire il vero molto particolare, in cui una lavoratrice è stata invece attinta da responsabilità amministrativa proprio per aver violato l'obbligo anticipato di astensione certificato dal medico svolgendo, in quel periodo, un tirocinio previsto all'interno di un corso abilitante alle funzioni di segretario comunale. Il fatto che la condanna per danno erariale sia intervenuta solo per il periodo di astensione anticipata, palesemente concesso per ragioni di salute, e non per il periodo di tirocinio svolto durante il successivo periodo di congedo obbligatorio pare però sottolineare come il divieto di adibizione al lavoro non precluda le attività della gestante, ma sia solo diretto ad impedire al datore di lavoro di sfruttarne le prestazioni.

un'interdizione da parte dei servizi ispettivi del Ministero (art 7, commi 3, 4, 5 e 6), pare suscitare qualche ulteriore riserva sulla coerenza sistematica di una qualificazione di nullità, quantomeno nell'accezione comune fatta propria dalla Corte.

Ancora, è poi l'indimostrato assunto che la gravidanza avrebbe coperto l'intera durata del contratto a termine a sollevare perplessità circa la soluzione data al caso di specie. La stessa sembra infatti valida alla sola condizione che la gravidanza giunga a buon esito, o comunque si protragga fino al rientro del lavoratore sostituito. In caso contrario, effettivamente, l'art. 16, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 151/2001 prevede la possibilità di immediata ripresa del lavoro da parte della lavoratrice, sempre che il medico specialista del Servizio Sanitario lo ritenga compatibile con le sue condizioni e venga concesso un preavviso al datore di lavoro. Dunque, nell'inafausta ipotesi di un'interruzione di gravidanza avvenuta prima della scadenza del termine fissato dalle parti²⁰, la sanzione della nullità – oltre ad aver precluso l'inizio del rapporto – priverebbe la lavoratrice anche della possibilità di eseguire il contratto in un momento in cui nessun divieto glielo impedirebbe.

Insomma, parrebbe che, anche attraverso un'analisi basata sul diritto comune e sui divieti espressi di legge, la (forte) soluzione individuata dai giudici contrasti con l'assetto delle tutele di maternità e non sia quindi condivisibile²¹.

Al di là di quanto finora detto, quello che sembra velatamente trasparire dal provvedimento è una visione della donna in gravidanza come soggetto che, in ragione di tale condizione, vada rigidamente dequalificato nella sua soggettività giuridica²². Sintomatico di un tale approccio appare proprio l'inconferente richiamo a cause di decadenza proprie di interdizioni di tutt'altro tipo e che, queste sì, impediscono a determinati soggetti di concludere validamente contratti di lavoro²³.

Certo, il parallelismo con queste gravi incompatibilità soggettive all'impiego non nasce dal nulla, ma è insito anche nel linguaggio adottato dal Testo Unico ove il termine «interdizione» compare numerose volte nelle parti relative ai congedi di maternità²⁴.

²⁰ Si noti bene, interruzione di gravidanza che potrebbe anche essere volontaria, concretando – nel caso si ritenesse di propendere per la ricostruzione che fa discendere dallo stato di gravidanza in sede di costituzione del rapporto, di lavoratori peraltro precari, un insanabile vizio di nullità – proprio quel rischio particolarmente grave di spingere la lavoratrice gestante ad interrompere volontariamente la gravidanza che le tutele di maternità hanno da sempre voluto contrastare. Il principio è stato espresso da C. giust., 11 novembre 2010, causa c-232/09, *Damosa*, cit., con riferimento alla protezione contro il licenziamento, ma sembra poter valere anche per ipotesi di atti discriminatori in fase preassuntiva, tanto più nel caso si stia trattando di lavoratori non stabilizzati.

²¹ Del resto, sembrerebbe effettivamente difficile ipotizzare di applicare la medesima sanzione di nullità per casi teorici nei quali la gravidanza sia scoperta o comunicata dopo uno, o soli pochi giorni dall'inizio dell'effettiva prestazione. Anche a ritenerlo possibile, poi, la soluzione lascerebbe comunque aperto il rilevante problema di stabilire il periodo di esecuzione decorso il quale l'invalidità non possa più essere dichiarata dal giudice. Viene dunque da chiedersi se i giudici avrebbero giudicato nel medesimo senso fattispecie del tipo di quelle appena prospettate.

²² In questo senso ALES, *op. cit.*, 541.

²³ I giudici richiamano infatti un precedente (Cass., 11 luglio 2019, n. 18699, in *GI*, 2019, 12, 2700, nota di CANGEMI) in cui si trattava di un'omissione dichiarativa relativa ad una precedente condanna penale, condanna peraltro poi rivelatasi di per sé inidonea a porre nel nulla il rapporto di lavoro oggetto di giudizio.

²⁴ Sulla tematica del linguaggio giuridico di genere cfr. BALLESTRERO, *Uno statuto lungo cinquant'anni*, in *RGL*, 2020, I, 20 ss.;

Ma la donna nel periodo di maternità non può associarsi a chi abbia commesso reati di rilevante gravità, né può esserne posta in dubbio la piena capacità di agire, paragonandola così al minore in una prospettiva che la Corte di giustizia ha da tempo nettamente superato²⁵.

Se è vero che, come sostenuto da sempre attuale dottrina, la capacità di agire «non è una qualità generale che viene conferita al soggetto in un determinato momento e per la quale non si dia luogo che a limitazioni di carattere eccezionale[,] costituendo invece una qualità relativa riconosciuta di volta in volta al soggetto per una determinata categoria di atti giuridici»²⁶, quella ricostruzione mirava a consolidare il superamento di una concezione della capacità giuridica fondata su *status* legittimanti l'agibilità giuridica dei singoli²⁷, superamento che – grazie anche alla chiarificazione del concetto di capacità di legittimazione come sinonimo di soggettività giuridica generale di tutte le persone – portava alla modifica dell'art. 2 c.c. ed all'abrogazione 3 c.c.²⁸.

È allora in questa prospettiva – che la legislazione a tutela della maternità sembra non aver pienamente fatto propria quando, come nel caso in commento, l'applicazione di norme di protezione comporta conseguenze negative proprio in capo ai soggetti protetti – che anche i divieti possono essere ripensati.

Di una tale rimediazione il legislatore si è in parte già fatto carico, dapprima aprendo, con il Testo Unico, alla flessibilità del congedo obbligatorio (art. 20 d.lgs. n. 151/2001) e, più di recente, estendendo l'utilizzo di tale facoltà per la donna, con l'aggiunta del co. 1.1 all'art. 16 da parte dell'art. 1, comma 485, l. 30 dicembre 2018, n. 145.

IORATTI, *Linguaggio giuridico e genere*, in SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere, Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam-Wolters Kluwer, 2014, 51 ss.; PACELLA, *Il linguaggio giuridico di genere: la rappresentazione sessuate dei soggetti nel diritto e nella regolamentazione lavoristica*, in LD, 2016, 481 ss.

²⁵ Ci si riferisce a C. giust., 25 luglio 1991, causa C-345/89, *Alfred Stoeckel*, Racc. 1991, I-04047, con cui la Corte dichiarava l'obbligo di non stabilire come principio legislativo il divieto del lavoro notturno delle donne, pur se temperato da possibili deroghe, in un caso in cui un datore di lavoro era stato penalmente perseguito per aver adibito le proprie dipendenti al lavoro notturno in adempimento di un accordo collettivo stipulato al fine di evitare riduzioni del personale.

²⁶ Così FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, 1939, 108.

²⁷ In questo senso TOPO, *op. cit.*, 755, che – in tema di lavoro dei minori – ricorda altresì come la nullità possa non essere in questi casi di disciplina di protezione una sanzione indispensabile «*perché è l'apparato sanzionatorio complessivo che dovrebbe tutelare gli interessi non esclusivi del lavoratore ma generali della società*».

²⁸ Per un approfondimento del concetto di capacità giuridica, naturale e di lavoro si veda SUPPIEJ, (voce) *Capacità di lavoro*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, 48 ss. Per una ricostruzione che invece ammette che certe condizioni di indisponibilità personale del lavoratore al concreto esercizio dell'attività lavorativa, se intervenute nel momento costitutivo del rapporto, possano dare luogo ad un'impossibilità oggettiva della prestazione o ad un'illiceità dell'oggetto, impedendo così la validità della stipula v. invece GRANDI, (voce) *Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXVIII, 1987, 338, con cui sembra concordare anche SUPPIEJ, *op. cit.*, 52. *Contra* TOPO, *op. cit.*, 749, la quale ricorda invece come i rischi per i diritti fondamentali della persona si annidino anche nella fase prodromica alla stipula. La validità di quest'ultima conclusione è peraltro ben testimoniata dalla recente sentenza del Tribunale di Busto Arsizio, 4 giugno 2024, n. 395, di cui, a quanto consta, non sono ancora state pubblicate le motivazioni ed il cui dispositivo è reperibile all'indirizzo <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/assumo-solo-donne-over-40/>, con la quale, su ricorso di un'associazione, una società è stata condannata per alcune dichiarazioni pubbliche della sua amministratrice che aveva sostenuto di «puntare per ricoprire le posizioni "importanti" della società su uomini o, altrimenti, su donne solo sopra i quaranta anni».

Alla luce di un *gender pay gap* che – in uno proprio con la rigidità dei congedi di maternità e il ruolo solo sostitutivo-alternativo dei padri rispetto al lavoro di cura neonatale²⁹ – pare sbarrare il percorso verso una reale condivisione dei ruoli genitoriali, sembra quindi possibile avviare un ragionamento anche sulla natura e sulla forma del divieto di adibizione al lavoro.

4. Osservazioni e spunti di riflessione

L'analisi che si è sin qui svolta lascia aperto un interrogativo di fondo sul come sia stato possibile che i giudici abbiano potuto applicare una nullità sancita a protezione della lavoratrice madre in netto contrasto con il suo altrettanto evidente interesse al mantenimento del contratto.

La domanda risulta ancor più incalzante tenendo presente che, in altri rami del nostro ordinamento, sono da tempo presenti nullità c.d. di protezione che, pur mantenendo fermo l'interesse generale tipico delle invalidità radicali dei contratti (o di loro specifiche parti), predispongono una tutela che guarda all'efficacia sostanziale più che alla rigida e formalistica eliminazione di ogni effetto giuridico dei contratti affetti da nullità insanabili.

In queste particolari nullità, infatti, pur permanendo l'interesse superindividuale ed il carattere della rilevabilità d'ufficio tipico delle invalidità radicali tradizionali, «[l']intento protettivo a favore del contraente-consumatore si realizza con l'ausilio di strumenti che tendono ad assicurare il mantenimento del contratto piuttosto che la sua demolizione, sempreché il nuovo assetto risponda all'interesse della parte cui si dirige la protezione», creando «norme di ordine pubblico che non tutelano un interesse generale della collettività ma che, al contrario, tutelano solo alcuni soggetti giuridici in quanto appartenenti a ceti o a gruppi sociali, caratterizzati da una situazione di particolare debolezza e vulnerabilità e che, conseguentemente, necessitano di una specifica protezione da parte del legislatore»³⁰. Un'impostazione quindi totalmente differente da quella delle nullità tradizionali, che permette un «controllo di meritevolezza funzionalizzato ai valori dell'equità, dell'equilibrio e della giustizia»³¹, e che impedisce al giudice di procedere all'applicazione pedissequa del regime dell'invalidità, obbligandolo, al contrario, all'attivazione di un contraddittorio con il

²⁹ Pur essendo comunque da valutare positivamente la stabilizzazione all'interno del Testo Unico anche del congedo di paternità obbligatorio (art. 2 d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105), la limitata misura dell'astensione imposta ai padri e l'assenza di qualsivoglia sanzione per il caso di mancata fruizione sembrano poca cosa rispetto al necessario cambio culturale sul tema della genitorialità.

³⁰ Così FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul dovere-potere di rilevazione ufficiosa*, in *Ricerche giuridiche*, 2, 2013, Università Ca' Foscari, Venezia, 589-590, reperibile all'indirizzo <http://doi.org/10.14277/2281-6100/Ri-2-2-13-8>.

³¹ L'espressione è ancora di FREDA, *op. cit.*, 603.

soggetto che potrebbe valersi della nullità di protezione per valutarne l'effettivo e concreto interesse³².

Ad aumentare ulteriormente quelle che sembrano incongruenze sintomatiche di un'evoluzione comunque in corso (e che sempre più mette quantomeno in discussione il tradizionale e stereotipato atteggiamento nei confronti della maternità) si aggiunge poi la considerazione per la quale se su di una tale fattispecie si sono dovuti esprimere i giudici è solamente perché la lavoratrice in questione era stata assunta con un contratto di lavoro subordinato. Se invece – come avrebbe ben potuto essere in ragione del tipo di prestazione – si fosse trattato di una psichiatra ingaggiata all'esito di una procedura comparativa per il conferimento di incarichi libero-professionali (art. 7, c. 6, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), la questione non si sarebbe nemmeno prospettata. Come noto, infatti, le indennità di maternità previste per lavoratori autonomi e liberi professionisti (art. 66 e 70 d.lgs. n. 151/2001) non impediscono la prosecuzione effettiva dell'attività lavorativa, prima e dopo il parto, concedendosi inoltre alla lavoratrice autonoma – ai sensi dell'art. 14, c. 2 della L. 22 maggio 2017, n. 81 – addirittura la possibilità di farsi sostituire, o affiancare, da altri lavoratori autonomi di fiducia in possesso dei prescritti requisiti professionali³³.

I limiti di questo scritto non permettono di approfondire ulteriormente l'argomento, ma seppur sia stato affermato che, fino a qualche anno fa, non sembrava praticabile nel nostro Paese «l'ipotesi di trasformazione dell'astensione obbligatoria o, meglio, dell'obbligo datoriale di non utilizzare la lavoratrice pre e *post partum*, in diritto della stessa ad astenersi dal lavoro[,] trasformazione che riproporrebbe la questione, sempre aperta, della libera espressione di volontà da parte della lavoratrice e del lavoratore»³⁴, non per questo non si può comunque tentare di individuare soluzioni innovative per attenuare le rigidità del sistema di tutela delle madri, spesso penalizzante per il lavoro femminile.

Ferma restando l'inesigibilità assoluta da parte del datore di lavoro delle prestazioni nei periodi corrispondenti a quello che è oggi il congedo, appunto, obbligatorio (anche anticipato), non risulta impossibile pensare ad ipotesi che rimettano alla lavoratrice una maggiore – seppur sempre limitata ed assistita dal divieto di licenziamento – disponibilità delle proprie scelte di lavoro rispetto all'attuale. Si potrebbe, ad esempio, valutare di trasformare le mensilità di astensione in mensilità disponibili alla coppia di genitori, o di lasciare alla scelta della lavoratrice di monetizzarle ed aggiungerle alla retribuzione in godimento, sotto

³² Così hanno stabilito a riguardo Cass. SS.UU., 04 settembre 2012, n. 14828, in *GI*, 2013, 2, 299, nota di RIZZUTI e Cass. SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in *GI*, 2015, 1, 71, nota di PAGNI. Per una declinazione del tema nell'ambito del diritto del lavoro v. ancora DONINI, *op. cit.*, 617.

³³ La disposizione appena citata accomuna peraltro – in maniera tecnicamente non corretta – questa possibilità di sostituzione con quella, prevista specificamente per i lavoratori subordinati, di cui all'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001. Non si ha in questa sede che l'opportunità di accennare alla tematica, ma sembra di potersi condividere quando sostenuto in dottrina circa il fatto che «Il diritto della sicurezza sociale (...) [sia] un osservatorio privilegiato dell'approssimarsi della situazione giuridica dei lavoratori subordinati e degli autonomi» (così SUPIOT, *Lavoro Subordinato e Lavoro Autonomo*, in *DRI*, 2, 2000, 217).

³⁴ Così ALES, *op. cit.*, 531.

stretta autorizzazione medica e, magari, davanti ad un'apposita sede protetta di maternità che coinvolga la Consigliera Provinciale e, ove presente, anche il padre ed il suo datore di lavoro al fine di attivare potenziali sinergie sia a livello familiare che imprenditoriale. In questo scenario, sia che fosse il padre a decidere di fruire del congedo al posto della madre in ragione del più alto indennizzo che la sovente presenza di integrazioni al trattamento di maternità presenti nei contratti collettivi gli consentirebbe³⁵, sia che fosse la libera e certificata volontà della madre a decidere per la monetizzazione del congedo ultra-minimale, in entrambi i casi il lavoro della donna ne potrebbe uscire rafforzato.

La distinzione tra diritto ed obbligo al congedo di maternità sancita dal considerando n. 14 e dall'art. 8 Dir. 92/85/CEE sembrerebbe lasciare spazio per valutare soluzioni diverse da quelle attualmente in vigore nell'ottica di individuare misure che permettano di realizzare quella «ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne» di cui, in un contesto sociale certamente più sensibile alla tematica della parità, parla la Dir. 2019/1158/UE (considerando n. 6 e 19).

I limiti di questo scritto non consentono, appunto, di poter sviluppare oltre suggestioni sulle quali sembrerebbe però utile una riflessione più approfondita.

Certo, anche solo l'accennare a proposte di questo tipo richiede la massima cautela, come ricordato da chi evidenzia la potenziale pericolosità che le recenti tendenze lavoristiche ad una «soggettivazione regolativa» ed all'ampliarsi degli spazi lasciati all'autonomia individuale nella definizione delle condizioni contrattuali possono comportare³⁶. La stessa dottrina ha però anche ricordato come, pur davanti alla estenuante difficoltà di affrontare il tema della parità, non bisognerebbe interrompere il percorso per mettere a fuoco correttamente la conciliazione tra i tempi di vita e quelli del lavoro.

Sembra quindi di poter concludere dicendo che, al di là del caso specifico analizzato – nel quale l'attività medico-psichiatrica era già legislativamente valutata rischiosa – più in generale, ci si dovrebbe proporre di tendere ad un miglioramento che possa portarci a condividere che adibire le donne al lavoro non debba necessariamente essere impossibile, pur ricordandoci di quanto possa però, in certi contesti, essere ancora decisamente pericoloso.

³⁵ Salvi, beninteso, i limiti biologici ricordati anche dalla Dir. 92/85/CEE che, all'art. 8, par. 2, impone in ogni caso almeno due settimane di congedo obbligatorio.

³⁶ L'espressione ed il concetto sono di TINTI, *Il posto della cura. Note su conciliazione dei tempi e flessibilità*, 404-405.

CORTE DI CASSAZIONE, ordinanza 10 gennaio 2024, n. 1065; Pres. Di Paolantonio – Rel. Zuliani – St. Ag. (Avv. Alessandro Duca) c. Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Sicilia “A. Mirri” (Avvocatura Generale dello Stato)

Cassa con rinvio App. Caltanissetta, sent. n. 271/2017.

Art. 12, comma 3 CCNL Dirigenza medico-veterinaria – Retribuzione di posizione – Anzianità di servizio – Periodi di lavoro a tempo determinato – Direttiva 1999/70/CE – Violazione – Indennità di esclusività – Soluzione di continuità – Intervalli significativi

L'art. 12, comma 3, del CCNL per la Dirigenza medico-veterinaria, Parte economica biennio 2000-2001, deve essere applicato e interpretato - in conformità con la Direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999 e con l'allegato Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato - nel senso che la maturazione dell'anzianità complessiva di servizio può avvenire anche per effetto di uno o più rapporti di lavoro a tempo determinato, sia ai fini della maggiorazione della retribuzione di posizione, che ai fini dell'indennità di esclusività; inoltre, in presenza di intervalli temporali tra i diversi contratti a termine e tra l'ultimo contratto a termine e l'assunzione a tempo indeterminato, la “soluzione di continuità”, che esclude dal computo dell'anzianità di servizio i periodi precedenti, si realizza soltanto qualora l'intervallo temporale sia ritenuto talmente significativo da escludere che l'esperienza professionale maturata nei periodi precedenti possa essere utile in funzione della capacità di svolgere in modo migliore le mansioni assegnate con il contratto a tempo indeterminato.

Retribuzione di posizione ed indennità di esclusività per i dirigenti medici-veterinari con contratto a tempo determinato

Anna Piovesana

Avvocata del Foro di Treviso e Docente a contratto in Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Udine

SOMMARIO: 1. I fatti di causa. – 2. Retribuzione minima di posizione per i dirigenti a tempo determinato. – 3. Indennità di esclusività e successione di contratti a termine. – 4. Le soluzioni adottate dalla più recente contrattazione collettiva.

Sinossi: L'ordinanza in esame affronta il tema della riconoscibilità ai dirigenti medici-veterinari dei periodi lavorati con contratto a termine, sia ai fini della determinazione della retribuzione di posizione che dell'indennità di esclusività. Con riferimento a quest'ultima, la Corte è chiamata anche a decidere se, nel caso di

successione di contratti a termine, intervallati tra loro da periodi di non lavoro, sussista “soluzione di continuità”, che, ai sensi del CCNL 8.06.2000, non dà diritto al percepimento di tale indennità. La pronuncia offre lo spunto per effettuare una ricognizione sul quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento e per valutare le conclusioni raggiunte dalla Cassazione anche alla luce della più recente contrattazione collettiva intervenuta a ridisciplinare la materia.

Abstract: The ordinance in question addresses the issue of recognizability to medical and veterinarian managers of periods worked on a fixed-term contract, for the purposes of determining position remuneration and exclusivity compensation. With reference to the latter, the Court is also called upon to decide whether, in the case of succession of fixed-term contracts, interspersed with periods of non-work, there is a “solution of continuity”, which, pursuant to CCNL 8.06.2000, does not give the right to receive this allowance. The ruling offers the opportunity to carry out a re-cognition of the regulatory and jurisprudential framework of reference and to evaluate the conclusions reached by the Supreme Court also in light of the most recent collective bargaining that took place to re-regulate the matter.

1. I fatti di causa

Il caso esaminato nell’ordinanza in commento riguarda un dirigente veterinario assunto a tempo indeterminato dall’Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Sicilia “A. Mi.” dopo aver lavorato alle dipendenze del medesimo Istituto in forza di quattro successivi contratti di lavoro a tempo determinato.

Poiché il servizio prestato in esecuzione di tali contratti non gli era stato riconosciuto ai fini della determinazione della retribuzione di posizione e dell’indennità di esclusività, il dirigente si rivolgeva al Tribunale di Caltanissetta, in funzione di giudice del lavoro, per chiedere il riconoscimento della complessiva esperienza professionale maturata presso l’Istituto e il pagamento delle conseguenti differenze retributive.

Il Tribunale di Caltanissetta respingeva il ricorso del lavoratore che impugnava la sentenza avanti la Corte d’Appello.

I giudici di secondo grado confermavano la pronuncia di prime cure, rigettando la pretesa del dirigente sia in punto di retribuzione di posizione, che di indennità di esclusività, ritenendola non conforme alle disposizioni del contratto collettivo applicabile al rapporto di lavoro.

In particolare, con riferimento all’indennità di esclusività, la Corte d’Appello, preso atto che l’art. 12, comma 3, lett. b, CCNL Dirigenza medico veterinaria dell’8 giugno 2000 biennio economico 2000-2001 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie di causa) stabiliva, ai fini del riconoscimento dell’indennità di esclusività, che si dovesse tener conto anche dell’anzianità maturata con rapporti di lavoro a tempo determinato, purché il servizio fosse stato prestato «senza soluzione di continuità» e valutato che, nel caso di specie, tra i vari contratti a tempo determinato intercorsi tra il dirigente e l’Istituto e tra l’ultimo di questi e l’assunzione a tempo indeterminato era intervenuto un lasso di tempo variabile, reputava che, nel caso di specie, vi fosse stata «soluzione di continuità» tra i rapporti e che ciò fosse decisivo ai fini di escludere la debenza dell’indennità per i periodi lavorati con contratti a termine.

Contro la sentenza della Corte d'Appello il dirigente proponeva ricorso per Cassazione. La Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza di secondo grado, sulla scorta di un interessante *iter* argomentativo, che nel seguito si ripercorrerà.

2. Retribuzione minima di posizione per i dirigenti a tempo determinato

L'ordinanza in commento affronta, nella prima parte della motivazione, il tema della computabilità nell'anzianità di servizio, utile al conseguimento della retribuzione di posizione minima contrattuale (disciplinata dall'art. 3 CCNL 8 giugno 2000 del biennio economico 2000-2001), dei periodi di lavoro prestati con contratto a termine¹.

Per meglio comprendere le conclusioni raggiunte sul punto dalla Suprema Corte e l'*iter* argomentativo dalla stessa seguito, si rende necessario delineare, anzitutto, il quadro normativo - contrattuale di riferimento.

La retribuzione di posizione minima è una componente del trattamento economico fondamentale² dei dirigenti medici e veterinari ed è correlata agli incarichi agli stessi attribuiti³. La predetta voce retributiva comprende una parte fissa e una variabile e viene corrisposta per n. 13 mensilità.

L'art. 4 del CCNL 8 giugno 2000, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, prevede che i dirigenti «raggiungono la retribuzione di posizione minima contrattuale ..., al compimento del quinto anno di attività, previa verifica positiva da parte del Collegio Tecnico di cui all'art. 31 del CCNL 8 giugno 2000... (*omissis*)».

L'art. 12, comma 3, lett. a) del medesimo CCNL precisa, poi, che «con riferimento alle norme in cui è richiesta esperienza professionale si deve intendere: a) ai fini del compimento del quinquennio di attività di cui all'art. 4 (cioè per il riconoscimento della retribuzione

¹ Vedasi sul punto art. 12, comma 3, CCNL 8.06.2000 del biennio economico 2000-2001 ed art. 24 comma 12 del 3 novembre 2005.

² Per un approfondimento sul trattamento economico fondamentale ed accessorio dei dipendenti pubblici si rinvia, tra molti, a F. CARINCI, BOSCATI, MAINARDI (a cura di), *Diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2021, 339 ss.; GALANTINO (a cura di), *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, 2019, 117 ss.

³ Ai sensi dell'art. 27 CCNL 8 giugno 2000, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie di causa, le tipologie di incarichi conferibili ai dirigenti medici e veterinari, in conformità a quanto previsto dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, erano i seguenti: a) incarico di direzione di struttura complessa; b) incarico di direzione di struttura semplice; c) incarico di natura professionale, anche di alta specializzazione, consulenza, studio ricerca, ispettivi, di verifica e di controllo; d) incarichi di natura professionale conferibili ai dirigenti con meno di cinque anni di attività. Il sistema degli incarichi e lo sviluppo della carriera dei dirigenti dell'Area Sanità è attualmente disciplinato dagli artt. 21 e 22 CCNL Dirigenti Area sanità 2019-2021 del 23 gennaio 2024. L'art. 22, in particolare, distingue tra incarichi gestionali e incarichi di natura professionale e include, nei primi, quello di direzione di struttura complessa, quello di direzione di struttura semplice a valenza dipartimentale e quello di direzione di struttura semplice e, nei secondi, gli incarichi di altissima professionalità, quelli di alta specializzazione, quelli di consulenza, di studio e di ricerca, ispettivo e di verifica e, infine, gli incarichi iniziali, conferibili ai dirigenti con meno di cinque anni di servizio.

minima contrattuale), l'anzianità di servizio maturata in qualità di dirigente del S.S.N. (Servizio Sanitario Nazionale) con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, senza soluzione di continuità, anche se prestato in aziende o enti diversi del comparto».

In sostanza, il contratto collettivo subordina l'attribuzione della retribuzione di posizione minima al possesso da parte del dirigente di due requisiti: la maturazione dell'anzianità di almeno cinque anni di servizio e la valutazione positiva da parte del cd. Collegio tecnico dell'attività svolta.

Secondo il dato testuale, però, l'anzianità di servizio, utile ai fini del raggiungimento del quinquennio, è esclusivamente quella maturata dal dirigente nell'ambito di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

A fronte del tenore letterale della predetta disposizione contrattuale e della richiesta del ricorrente di riconoscimento della retribuzione minima di posizione, anche in relazione ai periodi di lavoro prestati (in epoca antecedente l'assunzione a tempo indeterminato) con contratto a termine alle dipendenze del medesimo datore di lavoro, la Suprema Corte, nell'ordinanza in commento, è chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità o meno dell'art. 12, comma 3, lett. a), CCNL 8 giugno 2000 – nella parte in cui valorizza solo l'anzianità di servizio prestata con rapporto di lavoro a tempo indeterminato – con la normativa nazionale e comunitaria.

In proposito, va anzitutto ricordato che, secondo giurisprudenza consolidata⁴, quello secondo cui le disposizioni contrattuali (così così come quelle di legge) devono essere interpretate ed applicate in conformità ai principi costituzionali ed in particolare al principio di razionalità-equità di cui all'art. 3 Cost. e alla normativa UE che è vincolante per il diritto interno.

Con riferimento ai contratti a termine, è noto che la Dir. 1999/70/CE del 28 giugno 1999 e l'allegato Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato⁵ impongono agli Stati membri UE il rispetto del principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli assunti a tempo indeterminato⁶.

⁴ Così Cass., 26 marzo 2018, n. 7470 e conformemente, tra le altre, Cass., 8 marzo 2022, n. 7584; Cass., 8 marzo 2022, n. 7586; Cass., 13 luglio 2023, n. 20074; Cass., 25 giugno 2024, n. 17445, sentenze tutte reperibili in www.cortedicassazione.it

⁵ La citata direttiva e l'allegato Accordo sono stati interpretati da C. giust., 26 ottobre 2006, causa C-371/04, *Commissione delle Comunità europee*; C. giust., 8 settembre 2011, causa C177/10, *Rosado Santana*; C. giust., 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C 305/11, *Valenza ed altri*, tutte in <https://curia.europa.eu/>.

⁶ Il principio di non discriminazione tra lavoratori a termine lavoratori a tempo indeterminato è espressamente sancito nel diritto interno dall'art. 25 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. In punto di discriminazioni e lavoro a termine si veda in giurisprudenza, tra le pronunce di merito più recenti, Trib. Roma 22 aprile 2021, in www.dirittoantidiscriminatorio.it con nota di PIOVESANA. Sulla discriminatorietà del mancato rinnovo di un contratto a termine, determinato alla gravidanza della lavoratrice, si vedano anche le sentenze della C. giust. del 4 ottobre 2001, C-438/99, *Jiménez Melgar*, e C-109/00, *Tele Danmark A/S*, tutte in <https://curia.europa.eu/>. Sulla discriminazione (indiretta) per mancata attribuzione ai docenti a termine della c.d. Carta del docente, Trib. Cosenza 21 dicembre 2022, in www.dirittoantidiscriminatorio.it con nota di PIOVESANA, che richiama quali precedenti conformi Trib. Torino 24 marzo 2022 n. 515; Trib. La Spezia 26 agosto 2022, n. 228; Trib. Marsala 7 settembre 2022, n. 803; Trib. Vercelli 22 settembre 2022; Trib. Trani 7 novembre 2022, n. 1908 in www.cortedicassazione.it. Si segnala anche Cass., 16 marzo 2020, n. 7309, in www.dirittoantidiscriminatorio.it con nota di PIOVESANA, che riguarda il caso di un

Più specificamente, la clausola 4 del predetto Accordo Quadro prevede espressamente che «per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive»⁷.

La predetta clausola 4 è stata oggetto di esame da parte della Corte di Giustizia UE⁸ che ha evidenziato come le maggiorazioni retributive derivanti dalla anzianità di servizio del lavoratore (come appunto la retribuzione di posizione minima contrattuale) costituiscono “condizioni di impiego” ai sensi della clausola 4, con la conseguenza che le stesse possono essere legittimamente negate agli assunti a tempo determinato solo in presenza di una giustificazione oggettiva⁹.

La Suprema Corte, in una recente pronuncia¹⁰, avente ad oggetto una fattispecie analoga a quella oggetto della pronuncia in commento, ha avuto modo di precisare che non costituisce “ragione oggettiva”, idonea a giustificare il mancato riconoscimento ai lavoratori a termine dell’indennità di posizione minima contrattuale, il fatto che l’attribuzione della stessa è legata non alla sola anzianità in sé, ma anche alla valutazione positiva del dirigente da parte del Collegio Tecnico.

A sostegno di tale conclusione, la Cassazione¹¹ richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹² secondo cui la “ragione oggettiva” che giustifica la diversità di trattamento può essere ravvisata solo in presenza «di elementi precisi e concreti che contraddistinguono la

lavoratore a termine, stabilizzato a tempo indeterminato, al quale non erano stati riconosciuti i periodi di lavoro pregressi con contratto a tempo determinato, ai fini dell’anzianità di servizio e dei connessi riflessi retributivi. La Corte ha accertato la discriminatorietà del comportamento posto in essere dalla P.A.

⁷ Come affermato a più riprese dalla Suprema Corte (da ultimo, Cass., 12 luglio 2017, n. 17223, in *www.cortedicassazione.it* e Cass., 26 marzo 2018, n. 7440, cit.) detto obbligo sussiste a prescindere dalla legittimità del termine apposto al contratto, giacché lo stesso è attuazione, nell’ambito della disciplina del rapporto a termine, del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione che costituiscono «norme di diritto sociale dell’Unione di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve usufruire in quanto prescrizioni minime di tutela» come affermato da C. giust., 9 luglio 2015, causa C-177/14, *Regojo Dans*, punto 32, in <https://curia.europa.eu/>

⁸ La Corte di Giustizia ha riconosciuto il carattere incondizionato della menzionata clausola 4 dell’Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato ai fini della disapplicazione di qualsiasi contraria disposizione di diritto interno. Così C. giust., 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact* e C. giust. 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*, entrambe in <https://curia.europa.eu/>; C. giust., 8 settembre 2011, causa C-177/10, *Rosado Santana*, cit.

⁹ C. giust., 9 luglio 2015, causa C-177/14, *Regojo Dans*, cit., punto 44, e giurisprudenza ivi richiamata. Negli stessi termini C. giust., 5 giugno 2018, causa C-677/16, *Montero Mateos*, punto 57, in <https://curia.europa.eu/>. La Corte di Giustizia ha anche aggiunto che la clausola 4 dell’Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato non cessa di spiegare effetti una volta che il lavoratore abbia acquistato lo *status* di dipendente a tempo indeterminato, perché l’esigenza di vietare discriminazioni dei lavoratori a termine rispetto a quelli a tempo indeterminato viene in rilievo anche qualora il rapporto a termine, seppure non più in essere, venga fatto valere ai fini dell’anzianità di servizio (cfr. C. giust., 8 novembre 2011, causa C-177/10, *Rosado Santana*, punto 43, cit.; C. giust., 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, *Valenza ed altri*, punto 36, cit.).

¹⁰ Cass., 8 marzo 2022, n. 7586, cit. e, in termini analoghi, per un caso riguardante un dirigente non medico (biologa), Cass., 8 marzo 2022, n. 7584, cit.

¹¹ Cfr. nota che precede.

¹² C. giust., 17 marzo 2021, causa c-652/19, *KO*, in <https://curia.europa.eu/>.

condizione di impiego di cui trattasi (ndr. del lavoratore a termine), nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale differenza risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti necessaria a tal fine. Detti elementi possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro¹³.

Considerato che secondo il CCNL per la dirigenza medica e veterinaria, la valutazione del dirigente è una "caratteristica essenziale ed ordinaria del rapporto di lavoro"¹⁴, comune alle due tipologie di rapporto in comparazione, perché vi sono sottoposti sia gli assunti a tempo determinato che quelli a tempo indeterminato, la stessa non è idonea ad integrare una ragione oggettiva nei termini intesi dalla Corte di Giustizia.

Alla luce del quadro normativo e della giurisprudenza comunitaria e nazionale sopra menzionata¹⁵, che ritiene non possano essere legittimamente negate al lavoratore a termine maggiorazioni retributive correlate all'anzianità di servizio, la Suprema Corte, nella pronuncia in esame, ha condivisibilmente statuito che l'art. 12, comma 3, lett. a), laddove, ai fini della maggiorazione della retribuzione di posizione, considera solo l'anzianità di servizio prestata con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, opera un'oggettiva e ingiustificata discriminazione in danno del dirigente assunto a tempo determinato, la cui anzianità non riceve valorizzazione alcuna.

La Corte, quindi, ha correttamente ritenuto necessario disapplicare in parte qua la disposizione contrattuale, «perché la clausola 4 dell'Accordo Quadro esclude in generale ed in termini non equivoci qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato sicché la stessa ha carattere incondizionato e può essere fatta valere dal singolo dinanzi al giudice nazionale, che ha l'obbligo di applicare il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (Corte Giustizia 15.4.2008, causa C-268/06, *Impact*; 13.9.2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*; 8.9.2011, causa C-177/10 *Rosado Santana*)»¹⁶.

¹³ Così anche C. giust., 25 luglio 2018, C-96/17, *Vernaza Ayovi*, punto 39, in <https://curia.europa.eu/>.

¹⁴ Così l'art. 25 CCNL Dirigenza medico veterinaria 3 novembre 2005.

¹⁵ Si vedano note 3, 9 e 10 che precedono.

¹⁶ Così il testo dell'ordinanza in commento e conformi Cass., 8 marzo 2022, n. 7586, cit. e Cass., 8 marzo 2022, n. 7584, cit.

3. Indennità di esclusività e successione di contratti a termine

La seconda parte della pronuncia esamina una questione correlata a quella sopra delineata e cioè si sofferma su quale sia la corretta interpretazione dell'art. 12, comma 3, lett. b) CCNL 8 giugno 2000, concernente il riconoscimento ai dirigenti medici e veterinari dell'indennità di esclusività.

Va anzitutto ricordato che l'indennità di esclusività è una voce del trattamento economico fondamentale¹⁷ dei dirigenti medici e veterinari che prestano la loro attività unicamente, cioè, per l'appunto, in via esclusiva, a favore della struttura presso il quale sono assunti¹⁸. In sostanza, il rapporto di esclusività comporta l'obbligo di esercitare la libera professione solo all'interno della struttura di appartenenza, in forma intramoenia e comporta vincoli di incompatibilità più rigidi rispetto a chi opta per il regime non esclusivo.

Ai sensi dell'art. 5 del predetto CCNL (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame) si tratta di un emolumento corrisposto per tredici mensilità, il cui importo è fissato in misura diversa a seconda all'incarico rivestito dal dirigente e dall'esperienza professionale maturata dello stesso.

L'art. 12, comma 3, lett. b) CCNL, sopra menzionato, stabilisce espressamente che, ai fini dell'applicazione degli art. 3 e 5 del medesimo CCNL (cioè del riconoscimento dell'indennità di esclusività¹⁹), per «esperienza professionale» si deve intendere «l'anzianità complessiva, con rapporto di lavoro a tempo determinato ed indeterminato, maturata alle date previste dalle norme, senza soluzione di continuità anche in aziende ed enti diversi del comparto»²⁰.

La disposizione contrattuale citata, rispetto alla sopra analizzata lett. a) dell'art. 12, comma 3, prevede che si tenga conto, nella valutazione del requisito dell'anzianità di servizio, anche i periodi di lavoro prestati in forza di contratti a tempo determinato, ma richiede che l'attività sia stata resa «senza soluzione di continuità».

La Suprema Corte, nell'ordinanza in esame, viene chiamata a pronunciarsi su quale sia la corretta lettura da attribuire al predetto inciso, nell'ipotesi in cui l'assunzione a tempo indeterminato del dirigente sia preceduta da diversi contratti a termine, alle dipendenze

¹⁷ Si veda sul punto la nota 1 che precede.

¹⁸ Il regime di esclusività e gli effetti del passaggio dal rapporto esclusivo al rapporto non esclusivo e viceversa sono attualmente regolati dagli artt. 19 e 20 del CCNL Dirigenti Area Sanità 23 gennaio 2024.

¹⁹ Per un sintetico riepilogo sulla struttura della retribuzione dei medici si rinvia a *Medici dipendenti. Edizione 2024*, in *Le guide del Giornale della previdenza dei medici e odontoiatri reperibile in www.enpam.it*.

²⁰ La Corte di cassazione ha avuto modo di precisare che il requisito dell'esperienza professionale/anzianità di servizio previsto ai fini del riconoscimento dell'indennità di esclusività deve essere interpretato come riferito al solo lavoro in regime di subordinazione, restando esclusi i periodi di lavoro prestati in regime di rapporto convenzionale che sono rapporti libero professionali. Sul punto si veda Cass., 1° febbraio 2022, n. 3054; Cass., 31 ottobre 2013, n. 24578 e Cass., 14 marzo 2012, n. 4060, tutte in *www.cortedicassazione.it*.

della medesima amministrazione, succedutisi nel tempo ed intervallati tra loro da interruzioni di durata variabile.

La questione era già stata esaminata dalla Cassazione per la prima volta nel 2018²¹, in una pronuncia riguardante un caso analogo a quello trattato dall'ordinanza in commento.

In quella sede, i giudici di legittimità hanno preso atto che: A) il CCNL e la l. 18 aprile 1962, n. 230 (vigente al tempo dei fatti di causa) stabilivano, per poter validamente rinnovare un rapporto a termine, la necessità di rispettare determinati intervalli di tempo tra un contratto e l'altro; b) il mancato rispetto dei predetti intervalli era sanzionato con la nullità²².

Alla luce di ciò, i giudici hanno concluso che le Parti sociali, nel porre sullo stesso piano, per la maturazione dell'anzianità complessiva di servizio il rapporto di lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato, dovevano averlo fatto partendo dal presupposto che si trattasse di contratti a termine validi, cioè conformi alla disciplina legislativa e contrattuale citata.

Sulla scorta di tale premessa, la Cassazione nel 2018 è pervenuta alla condivisibile conclusione secondo cui, laddove il servizio dal dirigente si sia svolto sempre e soltanto alle dipendenze del S.S.N., «non costituisce soluzione di continuità la presenza di intervalli temporali tra i diversi contratti a termine che siano conformi a quelli richiesti dalla disciplina di legge» e anche «laddove tali intervalli siano insussistenti o minimi ... e la parte interessata rinunci a far valere la prevista nullità, a maggior ragione, è da escludere che possa configurarsi una “soluzione di continuità” nel rapporto».

Diversamente, l'art. 12, comma 3, lett. b), sarebbe privo di una reale applicazione nel caso di successione di contratti a termine se non nell'ipotesi di assunzioni effettuate senza il rispetto dei prescritti intervalli, in spregio alla normativa legale e contrattuale.

²¹ Cass., 26 marzo 2018, n. 7470, cit.

²² Attualmente il contratto di lavoro a termine della dirigenza medico sanitaria è disciplinato dall'art. 15-*septies*, l. 30 dicembre 1992, n. 52, nonché dall' art. 36, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 che rinvia all'art. 19 ss. d.lgs. n. 81/2015 e dagli artt. 84 e 85 CCNL Dirigenti Area sanità 23 gennaio 2024. L'art. 84, comma 2, stabilisce che «tra un contratto e quello successivo è previsto un intervallo di almeno dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi ovvero almeno venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore a sei mesi. L'art. 36, comma 5-*quater*, d.lgs. n. 165/2001 precisa che i contratti a tempo determinato posti in essere in violazione della normativa sul contratto a termine sono nulli e determinano responsabilità erariale. Va tuttavia ricordato che *ex art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001* «la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative». L'art. 12, comma 1, d.l. 16 settembre 2024, n. 131 (non ancora convertito in legge) - che ha sostituito i periodi tre, quattro e cinque del predetto comma 5 d.lgs. n. 165/2001- ha precisato come: «nella specifica ipotesi di danno conseguente all'abuso nell'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, fatta salva la facoltà per il lavoratore di provare il maggior danno, il giudice stabilisce un'indennità nella misura compresa tra un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo alla gravità della violazione anche in rapporto al numero dei contratti in successione intervenuti tra le parti e alla durata complessiva del rapporto».

Peraltro, tale soluzione risulterebbe anche discriminatoria nei confronti dei lavoratori a tempo determinato perché in contrasto con la già citata clausola 4 dell'Accordo quadro, così come interpretata dalla Corte di Giustizia che ha escluso possano essere negate ai lavoratori a termine maggiorazioni retributive correlate all'anzianità di servizio²³.

Successivamente alla pronuncia del 2018 la Suprema Corte, ripetutamente chiamata a pronunciarsi sul tema²⁴, ha ribadito i principi espressi in precedenza. Non solo, i giudici di legittimità, in due sentenze "gemelle" del 2022²⁵ hanno effettuato un'ulteriore precisazione, distinguendo due diverse situazioni, ovvero, il caso del servizio prestato presso il medesimo datore di lavoro (cioè il S.S.N.) e quello reso in favore di enti diversi del S.S.N. Mentre in relazione alla prima ipotesi, secondo la Corte, va escluso che gli intervalli non lavorati, il cui rispetto sia imposto dalla legge, possano costituire «soluzione di continuità», non altrettanto può dirsi con riferimento ai rapporti instaurati con enti diversi del S.S.N., posto che, altrimenti, secondo la Cassazione, si determinerebbe una non consentita discriminazione alla rovescia rispetto al dirigente a tempo indeterminato che per ottenere l'indennità deve aver prestato servizio sempre a favore dello stesso datore di lavoro.

Rispetto al quadro giurisprudenziale sopra delineato, la Cassazione, nell'ordinanza in commento, fa un altro passo avanti, enunciando due nuovi ulteriori principi.

Il primo, è quello secondo cui, nel caso di successione di contratti a termine aventi ad oggetto profili e mansioni identiche, si può avere «soluzione di continuità» soltanto quando tra i diversi contratti e l'assunzione a tempo indeterminato sia passato un lasso di tempo tale da non potersi considerare l'esperienza professionale maturata nei periodi precedenti come utile in funzione della capacità di svolgere nel modo migliore le mansioni assegnate con il contratto a tempo indeterminato.

Il secondo, che si trae a contrario, è quello in base al quale cui quanto sopra non si applica nell'ipotesi di successione di contratti a termine (o tra contratti a termine e assunzione tempo indeterminato), aventi ad oggetto profili e mansioni differenti. In tale ipotesi, sembrerebbe potersi dedurre che qualsivoglia intervallo di tempo, intercorso tra il rapporto a termine e l'assunzione a tempo indeterminato, costituisce «soluzione di continuità».

Le conclusioni a cui perviene la Suprema Corte non sono interamente accoglibili, o comunque, prestano il fianco ad obiezioni.

Più nel dettaglio, la Cassazione, a differenza propri precedenti, condivisibilmente non ha ritenuto determinante nel valutare la sussistenza o meno di «soluzione di continuità» la durata dell'intervallo temporale intercorso tra un contratto a termine e l'altro, bensì il lasso di tempo intercorso tra l'ultimo contratto a termine e l'assunzione a tempo indeterminato. Tuttavia, laddove la Corte impone di verificare se il predetto lasso di tempo è «tale da non

²³ Cfr. nota n. 9 che precede.

²⁴ Tra le altre, Cass., 13 luglio 2023, n. 20074, cit.; Cass., 25 giugno 2024, n. 17445, cit.

²⁵ Cass., 8 marzo 2022, n. 7586, cit. e Cass., 8 marzo 2022, n. 7584, cit.

potersi considerare l'esperienza professionale maturata nei periodi precedenti come utile in funzione della capacità di svolgere nel modo migliore le mansioni assegnate con il contratto a tempo indeterminato» lascia spazio al generarsi di grandi incertezze, rimettendo al giudice di merito una discrezionalità enorme di valutazione.

Laddove poi la Cassazione ritiene che, nel caso di successione di contratti a termine aventi ad oggetto profili e mansioni diverse, qualsiasi intervallo di tempo, trascorso tra l'ultimo rapporto a termine e l'assunzione a tempo indeterminato, costituisce «soluzione di continuità», sembra porsi in contrasto con la stessa volontà delle Parti sindacali firmatarie del CCNL, considerato che le stesse, nella Dichiarazione congiunta n. 3, allegata al CCNL 8 giugno 2000, avevano espressamente precisato come l'esperienza professionale richiesta ai dirigenti medici e veterinari dall'art. 12, comma 3, debba essere maturata nel profilo di appartenenza, anche in più discipline²⁶.

In sostanza, fermo il profilo di appartenenza (dirigente medico/dirigente veterinario) che, sia per le Parti contrattuali che per la Cassazione, deve rimanere invariato per tutto il rapporto²⁷, per le prime, a differenza che per la seconda, ai fini di calcolare l'anzianità di servizio, vanno conteggiati anche periodi di lavoro a termine prestati in discipline mediche diverse (es. pediatria, piuttosto che ginecologia)²⁸.

4. Le soluzioni adottate dalla più recente contrattazione collettiva

Le plurime pronunce di legittimità, intervenute sull'art. 12, comma 3, lett. a) e b), CCNL 8 giugno 2000, hanno indotto le Parti sociali a rivisitare il testo contrattuale, per modificarne le disposizioni in conformità ai principi enunciati dalla citata giurisprudenza.

Più specificamente, nel CCNL Dirigenti dell'Area Sanità, sottoscritto in data 19 dicembre 2019 (triennio 2016-2018)²⁹, le Parti hanno espressamente previsto, nell'art. 89, comma 2, che l'esperienza professionale/anzianità richiesta dalle disposizioni disciplinanti l'indennità di esclusività «si deve intendere riferita all'effettiva anzianità di servizio maturata in qua-

²⁶ Va in proposito ricordato che le dichiarazioni congiunte allegate ai contratti collettivi, seppur, di regola, non hanno funzione normativa e regolativa diretta di una determinata materia o istituto, hanno però la funzione di consentire alle parti negoziali di chiarire e precisare, concordemente, ove ritenuto necessario o utile, il significato o la portata applicativa di una o più clausole contrattuali. In sostanza, le dichiarazioni congiunte consentono alle parti sociali di chiarire l'interpretazione da fornire a determinati passaggi del testo contrattuale.

²⁷ Sul punto si veda anche Cass., 6 ottobre 2017, n. 23429, in *www.cortedicassazione.it*

²⁸ Vedasi nota n. 26 che precede.

²⁹ In tale CCNL sono confluiti i previgenti CCNL Dirigenza medico veterinaria e CCNL Dirigenti sanitari tecnici e amministrativi. L'Area sanità è stata per la prima volta definita dall'art. 7 Contratto Collettivo Nazionale Quadro 2016-2018 del 13 luglio 2016.

lità di dirigente, anche a tempo determinato, anche presso altre Aziende od Enti (dell'Area sanità) con o senza soluzione di continuità».

Identica disposizione (art. 64, comma 2) è contenuta nel recentissimo rinnovo del 23 gennaio 2024 (triennio 2019 – 2021)³⁰.

Parimenti, con riferimento alla retribuzione minima di posizione complessiva³¹, l'art. 92 CCNL 23 gennaio 2024 statuisce che il predetto valore minimo è garantito «sulla base dell'effettiva anzianità di servizio maturata in qualità di dirigente, anche a tempo determinato, anche presso altre Aziende od Enti (dell'Area sanità) con o senza soluzione di continuità, fermo restando quanto previsto dall'art. 18, comma 2 (Tipologie di incarico)».

Con le menzionate nuove disposizioni contrattuali le Parti sindacali, nell'includere espressamente nel calcolo dell'anzianità di servizio anche i periodi di lavoro prestati in forza di contratti a tempo determinato «con soluzione di continuità», hanno eliminato qualsivoglia margine di incertezza che l'interpretazione giurisprudenziale avrebbe potuto generare, ponendo definitivamente fine, *pro futuro*, ad ogni contenzioso giudiziale sul punto.

³⁰ Il comma 7 dell'art. 85 (Trattamento economico – normativo dei dirigenti con contratto a tempo determinato) del medesimo CCNL prevede altresì che «in caso di assunzione a tempo indeterminato, i periodi di lavoro con contratto a tempo determinato già prestati dal dirigente presso la medesima Azienda o Ente, concorrono a determinare l'anzianità lavorativa eventualmente richiesta per l'applicazione di determinati istituti contrattuali».

³¹ Attualmente il valore minimo di retribuzione complessiva (cioè, comprensiva di parte fissa e variabile) è garantito per i soli dirigenti con rapporto esclusivo (art. 92 CCNL Dirigenti Area Sanità 23 gennaio 2024). Per tutti i dirigenti (a rapporto di lavoro esclusivo e non) sono previsti tetti massimi di retribuzione di posizione complessiva (art. 91 CCNL Dirigenti Area Sanità 23 gennaio 2024).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHT, sez. terza, sentenza 20 febbraio 2024, ricorso n. 43868/18 e 25883/21; Pres. Padre Pastore Vilanova - Est. Milan Blaško - W.B. (avv. Zihlmann) c. Svizzera (sig. Chablais)

Discriminazione etnica – Profilazione razziale – Controllo di identità – Violazione C.e.d.u. – Direttiva 2016/680/UE – Trattamento di categorie particolari di dati – Predictive policing

Condurre accertamenti sull'identità personale di persone di "carnagione scura", in assenza di presupposti oggettivi legittimanti l'esistenza di un fondato dubbio circa la commissione di un illecito, rappresenta un'attività discriminatoria e lesiva della vita privata ai sensi dell'art. 8 C.e.d.u., in combinato disposto con l'art. 14 C.e.d.u., in quanto posta in essere in base ad un meccanismo di profilazione razziale non giustificato. Al fine di dimostrare la condotta discriminatoria, il ricorrente ha l'onere di provare, anche mediante indizi e dati statistici, la sussistenza prima facie di un episodio discriminatorio, mentre verte sullo Stato convenuto l'onere di provare che il trattamento differenziato sia legittimo.

Profilazione razziale e violazione degli artt. 8 e 14 C.e.d.u.: l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo e le derive della discriminazione algoritmica nelle attività di *law enforcement*

Razmik Vardanian

Dottore in Giurisprudenza Università di Trento e praticante avvocato

SOMMARIO: 1. Il caso: il complesso equilibrio tra la legittimità dei controlli di identità ed i trattamenti discriminatori. – 2. L'orientamento interpretativo della Corte EDU in merito agli artt. 8 e 14 C.e.d.u. – 3. Il trattamento di dati personali nelle attività di *law enforcement*. – 4. I rischi della profilazione nelle attività delle LEA: la profilazione razziale. – 5. Considerazioni conclusive.

Sinossi: La sentenza annotata offre l'occasione di approfondire gli eventuali profili discriminatori derivanti dalle attività delle *law enforcement authorities* ("LEA"). La Corte ha ribadito come i controlli di identità condotti su gruppi di minoranze etniche, mancando i presupposti oggettivi, si traducono in una mera profila-

zione razziale comportando un'interferenza ingiustificata nella vita privata e una violazione del divieto di discriminazione. L'utilizzo di dati capaci di rivelare l'origine razziale o etnica da parte delle LEA determina un trattamento di dati personali; per tale ragione, il principio elaborato dalla Corte può essere pacificamente applicato in tale ambito. Il commento, quindi, è dedicato all'analisi delle implicazioni normative di cui alla Direttiva 2016/680/UE e dei rischi che il trattamento di tali dati può comportare.

Abstract: The annotated judgement provides an opportunity to delve into possible discriminatory profiles arising from the activities of law enforcement authorities (“LEAs”). The Court reiterated how identity checks conducted on ethnic minority groups, lacking the objective prerequisites, result in mere racial profiling entailing unwarranted interference in private life and a violation of the prohibition of discrimination. The use of data capable of revealing racial or ethnic origin by LEAs results in the processing of personal data; consequently, the principle developed by the Court can be peacefully applied in this domain. The commentary, therefore, is devoted to analysing the regulatory implications set forth in Directive 2016/680/EU and the risks that the processing of such data may entail.

1. Il caso: il complesso equilibrio tra la legittimità dei controlli di identità ed i trattamenti discriminatori

La questione sottesa al caso, risolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti anche solo “Corte”, “Corte EDU” o “Corte di Strasburgo”), è relativa alla qualificazione, o meno, della condotta degli agenti di polizia come profilazione razziale¹ a seguito di un controllo di identità apparentemente discriminatorio – e cioè in violazione dell'art. 14 della C.e.d.u. – nonché se quest'ultima potesse determinare una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata ai sensi dell'art. 8 C.e.d.u.

Il fatto concreto riguarda il controllo e il fermo del sig. Wa Baile, cittadino svizzero di origini africane, nella stazione centrale di Zurigo da parte della polizia municipale. Tale controllo sembra essere stato condotto solo sulla base della carnagione scura del fermato e dalla circostanza che egli avesse distolto lo sguardo dagli agenti, determinando in questi il sospetto che lo stesso potesse essere autore di una violazione della legge svizzera sugli stranieri e l'integrazione². Solo a seguito della perquisizione personale dell'uomo – con il conseguente rinvenimento del suo documento di identità – è stato consentito allo stesso di allontanarsi, a nulla essendo servite le sue richieste di delucidazioni sulle ragioni del controllo e del fermo. In seguito, l'uomo è stato condannato al pagamento di una sanzione pecuniaria per il mancato rispetto degli ordini della polizia.

¹ L'utilizzo dei termini “razza”, “origine razziale” o “profilazione razziale” nella regolamentazione e giurisprudenza internazionale ed europea, non implica l'accettazione di teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte.

² Sul punto si intende fare riferimento al Capitolo 16 della Legge federale sugli stranieri e la sua integrazione n. 142.20 del 16 dicembre 2005, il quale disciplina le sanzioni amministrative e penali che possono essere irrogate per gli stranieri irregolari.

Questo provvedimento ha dato avvio ad un lungo procedimento giurisdizionale prima espletatosi in sede penale e in seguito in seno alla giustizia amministrativa svizzera.

Con riguardo al primo, il Tribunale Cantonale di Zurigo ha riscontrato che, sebbene il motivo del controllo addotto dagli agenti fosse discutibile, si dovesse, comunque, concludere per la sua legittimità. Gli ufficiali, infatti, avevano a disposizione un tempo limitato per decidere se fosse opportuna una verifica dell'identità, e non si poteva negare che avessero percepito indizi i quali, in quel frangente, apparivano sufficienti a giustificare tale controllo. Infine, il Giudice ha ritenuto che non vi fosse alcun elemento che consentisse di dimostrare come il colore della pelle fosse stato determinante nell'eseguire il controllo. Tuttavia, per il Tribunale, anche qualora ciò fosse stato riscontrato, questo non avrebbe eliminato l'obbligo per il ricorrente di sottoporsi comunque ad esso. Tale sentenza è stata poi confermata – congiuntamente al provvedimento sanzionatorio – in sede di appello e di legittimità, nonostante fosse stato accertato che il comportamento del sig. Wa Baile non rappresentava una base sufficiente per ritenere che lo stesso avesse commesso un reato e, conseguentemente, legittimare la decisione di sottoporlo a un controllo di identità.

Nel successivo processo amministrativo, invece, il Tribunale amministrativo del Cantone di Zurigo ha riscontrato l'illegittimità del controllo e del fermo. Il motivo alla base di tale decisione è relativo alla circostanza per cui l'aver distolto lo sguardo dagli agenti non poteva, di per sé, giustificare il controllo di identità, anche alla luce del particolare contesto della stazione ferroviaria di Zurigo (elemento, questo, che verrà tenuto in considerazione dalla Corte EDU per valutare l'esistenza *prima facie* di una discriminazione)³. Di conseguenza, il Tribunale rinvenendo a monte l'illegittimità del controllo, ha ritenuto di non pronunciarsi sulla questione dell'eventuale discriminazione fondata sul colore della pelle del ricorrente. Pertanto, nonostante l'esito sostanzialmente positivo del giudizio, il sig. Wa Baile adiva la Corte di Strasburgo – a seguito anche all'impugnazione, dichiarata inammissibile, condotta presso il Tribunale Federale Svizzero – al fine di ottenere una pronuncia sulla possibile discriminazione razziale subita.

La decisione della Corte EDU ha evidenziato gravi lacune nelle indagini delle autorità svizzere riguardo a possibili motivi discriminatori nel controllo di identità del ricorrente e ha riconosciuto la violazione dei suoi diritti fondamentali. In particolare, ha ritenuto che il caso rientrasse a pieno titolo nell'ambito dell'art. 8 C.e.d.u., in combinato disposto con l'art. 14 C.e.d.u., in ragione del verificarsi di un'illegittima profilazione razziale da parte delle forze dell'ordine nella scelta del soggetto da sottoporre a controllo. Tale situazione è stata determinata, secondo la Corte, a causa delle notevoli carenze nell'ordinamento giuridico svizzero – nonché nelle prassi amministrative interne – mancando norme chiare e precise poste a evitare trattamenti potenzialmente discriminatori nelle attività di *law enforcement*.

³ V. *infra*.

2. L'orientamento interpretativo della Corte EDU in merito agli artt. 8 e 14 C.e.d.u.

La profilazione è una tecnica che prevede il trattamento automatizzato di dati personali al fine di utilizzarli per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica⁴. Tale metodologia può essere implementata per sviluppare servizi di *predictive policing*⁵ al fine di migliorare la prevenzione dei crimini in ottica prospettica, evitando, così, la commissione di reati, e identificare le aree ad alta concentrazione di crimini o sviluppare profili criminali individuali. L'espletamento delle attività di *law enforcement* con tali modalità, tuttavia, può avere forti implicazioni sulla vita privata delle persone, determinando diversi rischi in grado di impattare su diritti e libertà fondamentali. Uno fra tutti concerne il rischio di trattamenti discriminatori fondati sulla razza o etnia: in tali ipotesi si parla, per l'appunto, di profilazione etnica o razziale. Questa può essere definita come l'uso o l'influenza di stereotipi razziali, etnici e religiosi, ovvero sulla discendenza, sull'origine nazionale o sulla lingua di un individuo, da parte delle forze di polizia nelle proprie attività; in particolare, tali stereotipi possono influenzare le decisioni concernenti il fermo, l'arresto, la perquisizione, l'identificazione ed il controllo dei documenti delle persone, l'inserimento di dati personali in *database*, la raccolta di informazioni di *intelligence* e rispetto ad altre tecniche investigative, indipendentemente dalla valutazione di un suo comportamento potenzialmente criminale⁶. Seguendo tale concezione è evidente come la profilazione razziale possa essere legata a stereotipi e pregiudizi, determinando un deterioramento dei diritti fondamentali

⁴ Cfr. art. 4 Reg. 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE («Regolamento generale sulla protezione dei dati» o «GDPR»), pubblicato in G.U.U.E. il 4 maggio 2016, il cui testo è consultabile in: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>; art. 3, par. 4, Dir. 2016/680/UE.

⁵ Cfr. PIETROCARLO, *Predictive policing: criticità e prospettive dei sistemi di identificazione dei potenziali criminali*, in *Sistema Penale*, 2023, 2, in <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/pietrocarlo-predictive-policing-criticita-e-prospettive-dei-sistemi-di-identificazione-dei-potenziali-criminali>. Nello specifico, questa è definita come metodo di analisi previsionale-statistico che consente di individuare i luoghi di futura commissione di reati ovvero i potenziali autori o vittime, orientando le attività di polizia alla prevenzione, più che alla sola repressione del crimine.

⁶ Cfr. CERD, *General recommendation No. 36 on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials (CERD/C/GC/36)*, 2020; ECRI, *General Policy Recommendation n. 11 on combating racism and racial discrimination in policing*, 2007; GOLDSTON, *Ethnic Profiling and Counter-Terrorism Trends, Dangers and Alternatives*, in *Open Society Justice Initiative – Anti-Racism and Diversity Intergroup*, 2006, 1, in <https://www.justiceinitiative.org/publications/ethnic-profiling-and-counter-terrorism-trends-dangers-and-alternatives>. In Italia, una simile definizione è rinvenibile nell'art. 43 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico sull'Immigrazione), che stabilisce le condotte considerate discriminatorie nei confronti dei cittadini stranieri a causa della loro condizione di stranieri, appartenenti a una specifica razza, religione, etnia o nazionalità.

dell'uomo, fra cui il rispetto del principio di non discriminazione e il rispetto della vita privata⁷.

La Corte di Strasburgo pone l'accento su questi concetti nel dirimere il caso *Wa Baile c. Svizzera*. La vicenda, come suesposto, riguarda l'accertamento se le autorità di polizia svizzere avessero effettuato un controllo di identità sul ricorrente, cittadino svizzero di carnagione scura, basandosi su un processo di profilazione razziale, inosservando il principio di non discriminazione.

Tale principio trova fondamento in diverse fonti di carattere internazionale e sovranazionale: esso, infatti, è richiamato nell'art. 5 della Convenzione internazionale delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, nell'art. 26 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, e, per l'appunto, nell'art. 14 della C.e.d.u. Parallelamente, a livello europeo, troviamo l'art. 21 della Carta di Nizza, il quale garantisce il diritto di non subire discriminazioni, incluse quelle basate sulla razza e sull'origine etnica, e la Direttiva 2000/43/CE (c.d. direttiva antidiscriminazione)⁸. Da ciò, dunque, discende che nel condurre le attività di accertamento, controllo e repressione dei reati, le autorità competenti devono attenersi a modelli e valori etici improntati al rispetto delle diversità e della dignità di un individuo, rendendosi necessario prevedere un sistema di garanzie adeguate ed efficaci contro condotte arbitrarie e casi di abuso della forza capaci di sfociare in incidenti evitabili.

Tali canoni non sono stati rispettati dalle autorità svizzere nel caso in questione, poiché il controllo di identità è stato effettuato esclusivamente basandosi sul colore della pelle del ricorrente, senza altre ragioni apparenti o giustificazioni ragionevoli sufficienti a costituire un fondato sospetto da parte delle autorità. Questo tipo di controllo costituisce a tutti gli effetti una profilazione razziale, che viola, pertanto, il principio di non discriminazione e il rispetto della dignità umana.

L'accertamento di una violazione del principio di non discriminazione comporta una particolare valutazione da parte della Corte EDU. In base al proprio consolidato orientamento interpretativo, infatti, l'art. 14 C.e.d.u. integra le altre clausole normative della Convenzione e dei suoi protocolli. Tale principio non ha un'esistenza autonoma, poiché si applica solo in relazione al godimento di altri diritti e libertà garantite dalla Convenzione e nel cui ambito di applicazione rientrano i fatti di causa⁹.

⁷ Cfr. ECRI, op. cit., par. 34, nel quale si sottolinea che «la profilazione razziale può generare un senso di umiliazione e ingiustizia tra alcuni gruppi di persone e porta alla loro stigmatizzazione e alienazione, deteriorando il rapporto tra la polizia e questi gruppi, a causa della perdita di fiducia che dovrebbero avere in loro».

⁸ V. Cedu, 20 febbraio 2024, ric. n. 43868/2018 e 25883/2021, *Wa Baile c. Svizzera*, § 44-56. Il testo di tutte le sentenze della Cedu citate è consultabile in <https://www.echr.coe.int/home>. Con riguardo alla direttiva antidiscriminazione v. Dir. 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, pubblicata in G.U.U.E. il 19 luglio 2000, il cui testo è disponibile in <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/43/oj/ita>.

⁹ V. Cedu, 20 febbraio 2024, ric. n. 43868/2018 e 25883/2021, cit., § 68. Inoltre, sul punto v. le sentenze Cedu, 5 settembre 2017, ric. n. 78117/2013, *Fábián c. Ungheria*, § 112; Cedu, 11 ottobre 2022, ric. n. 78630/2012, *Beeler c. Svizzera*, § 48; DOLSO,

Per questo motivo, l'attenzione della Corte si è concentrata sull'esame della presunta violazione dell'art. 8 C.e.d.u. in merito alla pratica di profilazione adottata dagli agenti di polizia. Come avvenuto nel caso di specie, infatti, i controlli di identità basati su motivi prettamente discriminatori possono interferire con la vita privata di una persona. La Corte riconosce che la nozione di "vita privata" è ampia e comprende aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo, includendovi anche il diritto allo sviluppo personale e il diritto di stabilire e mantenere relazioni con altri esseri umani e con il mondo esterno. Questo è essenziale per la convivenza in una società democratica e può includere l'interazione in contesti pubblici¹⁰. In tale scenario, le attività di *law enforcement*, per loro natura, possono avere un impatto particolarmente invasivo nella vita personale degli individui: anche un semplice controllo di identità può incidere negativamente sul diritto alla vita privata, causando pregiudizi irrimediabili e violando la sfera personale degli individui, specialmente quando si sospetta che tale controllo sia basato su un trattamento discriminatorio¹¹. Di conseguenza, come già precisato in numerosi precedenti¹², una denuncia di profilazione razziale basata su un controllo di identità discriminatorio può rientrare nell'ambito del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione¹³.

Tuttavia, affinché possa essere riscontrata una violazione del suddetto articolo, è necessario che situazioni o comportamenti particolarmente invasivi superino una soglia di gravità tale da essere considerate intollerabili e illegittime. L'individuo interessato, infatti, deve dimostrare di essere stato preso di mira a causa delle sue caratteristiche fisiche o etniche. Richiamando i precedenti dei casi *Basu c. Germania* e *Muhammad c. Spagna*¹⁴, la Corte ha evidenziato come una simile censura può sussistere qualora l'interessato sostenga di essere stato l'unico individuo oggetto di controllo o di fermo, ovvero qualora questi non fossero giustificati da alcun dato o motivo obiettivo, oppure quando le motivazioni adottate dall'agente di polizia dimostrino che essi si basavano su specifiche ragioni fisiche o

SPITALERI, *Art. 14 Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Wolters Kluwer, 2012, 519-522.

¹⁰ V. Cedu, 20 febbraio 2024, ric. n. 43868/2018 e 25883/2021, cit., § 69.

¹¹ V. Cedu, 20 febbraio 2024, ric. n. 43868/2018 e 25883/2021, cit., § 76-77, nel quale viene fatto, altresì, riferimento al caso Cedu, 12 gennaio 2010, ric. n. 4158/2005, *Gillan e Quinton c. Regno Unito*.

¹² V. Cedu, 19 gennaio 2021, ric. n. 14065/2015, *Lacatus c. Svizzera*, § 54; Cedu, 14 gennaio 2020, ric. n. 41288/15, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, § 117; Cedu, 30 aprile 2009, ric. n. 13444/04, *Glor c. Svizzera*, § 52.

¹³ La pianificazione e la conduzione di attività di contrasto nei confronti di comunità minoritarie – giustificate sulla base di una presunta connessione tra l'appartenenza etnica e la tendenza al comportamento criminale – è stata, peraltro, più volte sanzionata dalla Corte, quale attività di profilazione razziale, contraria al divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 C.e.d.u. A tal proposito v. Cedu, 16 aprile 2019, ric. n. 48474/2014, *Lingurar c. Romania*.

¹⁴ V. Cedu, 18 ottobre 2022, ric. n. 215/2019, *Basu c. Germania*, relativo ad un caso di profilazione etnica nel controllo di identità della polizia su un treno condotto verso un cittadino tedesco di origini indiane. Nel caso in questione la Corte non è stata in grado di accertare il movente razziale della polizia a causa dell'insufficiente materiale istruttorio. Inoltre, v. Cedu 18 ottobre 2022, ric. n. 34085/2017, *Muhammad c. Spagna*.

etniche. Inoltre, può essere riconosciuta una certa valenza anche al fatto che tali controlli avvengono in uno spazio aperto al pubblico¹⁵.

Nel caso di specie, la Corte EDU ha riscontrato come le condizioni sopra evidenziate risultassero tutte integrate, con la diretta conseguenza che le azioni della polizia di Zurigo fossero da considerarsi sopra la soglia di gravità necessaria per essere valutate un'intollerabile intrusione nella vita privata del sig. Wa Baile. Alla luce tanto delle circostanze fattuali in base ai quali il controllo di identità ha avuto origine – ossia il fatto che il ricorrente non avesse tenuto alcun comportamento potenzialmente sospetto, se non quello, irrilevante, di aver distolto lo sguardo dagli agenti che lo stavano osservando – quanto del luogo – la stazione ferroviaria di Zurigo – in cui tale controllo è avvenuto, la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione dell'art. 8 C.e.d.u. Tale infrazione è stata constatata a fronte dell'illegittima conduzione di una profilazione discriminatoria da parte delle LEA nella scelta degli individui da sottoporre a controllo, in quanto condotta in base al colore della pelle.

Un'ulteriore questione dibattuta riguarda l'assegnazione dell'onere probatorio nelle controversie relative a ipotesi di discriminazione razziale. Generalmente, i giudizi di accertamento di una condotta discriminatoria si articolano in due fasi, ciascuna con una diversa attribuzione dell'onere probatorio. Nella prima fase di ricognizione, il ricorrente ha l'onere di dimostrare, innanzitutto, l'esistenza di una disparità di trattamento contraria ai principi della Convenzione. Tali elementi di prova possono essere reperiti tramite un insieme di indizi o presunzioni non confutate, sufficientemente gravi, precise e concordanti, derivanti dalle circostanze concrete della vicenda. Particolare importanza assume la valutazione dei dati statistici, che possono evidenziare come i fatti di causa derivino da una disparità di trattamento dovuta a una discriminazione sistematica conseguente ad una determinata pratica statale o a una generalizzata situazione di fatto¹⁶. Spesso i dati statistici prodotti dalle parti assumono un'importanza cruciale in tali giudizi, poiché la Corte si basa frequentemente su di essi per dimostrare la disparità di trattamento tra due gruppi. Inoltre, può tenere conto anche delle relazioni fornite da organismi di vigilanza nazionali e internazionali indipendenti¹⁷. Una volta che il ricorrente abbia dimostrato la disparità di trattamento, spetta al Governo resistente provare l'inesistenza di tale disparità o che essa

¹⁵ V. Cedu, 20 febbraio 2024, ric. n. 43868/2018 e 25883/2021, cit., § 71.

¹⁶ Nello specifico la discriminazione sistematica può essere definita come «una situazione in cui le norme giuridiche, le politiche, le pratiche o gli atteggiamenti culturali predominanti nel settore pubblico o privato generano svantaggi per alcuni gruppi e privilegi per altri gruppi». Questa, come visto, può concernere una pratica statale o una generalizzata situazione fattuale esistente in una data comunità, come le sue procedure, le abitudini, le credenze e la cultura. Cfr. COMITATO DEI DIRITTI ECONOMICI, SOCIALI E CULTURALI DELLE NAZIONI UNITE, *Commento generale n. 20 - Non discriminazione a livello dei diritti economici, sociali e culturali. Individuare e prevenire la discriminazione sistematica a livello locale*, 2009, 5-6; DOLSO, SPITALERI, *Art. 14 Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., 536-538.

¹⁷ V. Cedu, 20 febbraio 2024, ric. n. 43868/2018 e 25883/2021, cit., § 114-123.

fosse giustificata sulla base di elemento oggettivi¹⁸. In particolare, lo Stato convenuto deve vincere la presunzione relativa instaurata *prima facie* dal ricorrente, dimostrando che nessun motivo discriminatorio abbia influenzato l'adozione di una misura o azione, mediante un adeguato corredo probatorio idoneo ad escludere la presenza di una disparità di trattamento ingiustificata¹⁹.

Con riguardo al caso di specie, la Corte ha considerato le prove fornite dal ricorrente – comprese le dichiarazioni degli agenti di polizia coinvolti e i rapporti di organismi internazionali che manifestavano la seria presenza di profilazione razziale da parte delle forze dell'ordine in Svizzera²⁰ – come sufficienti a dimostrare l'esistenza di un caso di discriminazione razziale. Attribuito al Governo svizzero l'onere di escludere l'esistenza di tale disparità, la Corte ha osservato come quest'ultimo non sia stato in grado di confutare in modo convincente la presunzione di trattamento discriminatorio. Nello specifico, le autorità amministrative e giurisdizionali nazionali non avevano svolto un'indagine adeguata a determinare se il controllo fosse stato effettuato sulla base della carnagione del ricorrente. In seno alla polizia svizzera, inoltre, non vi erano procedure o *policy* volte a regolamentare e/o a fornire delle indicazioni oggettive agli operatori sulla cui base poter condurre un controllo di identità su un soggetto in modo da evitare condotte potenzialmente discriminatorie, rendendo, pertanto, il contesto operativo delle autorità di pubblica sicurezza particolarmente ambiguo e legato a scelte pienamente discrezionali.

Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che la mancanza di un quadro giuridico e amministrativo sufficientemente chiaro possa aver determinato l'effettuazione di controlli di identità – anche nel caso di specie – sulla base di una profilazione razziale, in violazione degli artt. 8 e 14 C.e.d.u.²¹.

¹⁸ V. Cedu, 20 febbraio 2024, ric. n. 43868/2018 e 25883/2021, cit., § 132-133. La Corte ha confermato il proprio precedente *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, in cui era stato stabilito che le autorità dovessero fornire spiegazioni soddisfacenti e convincenti quando vi sono accuse di discriminazione. Tale imputazione vale ancor di più rispetto ad eventi discriminatori i cui fatti storici sono noti esclusivamente alle autorità. Cfr. Cedu, 13 novembre 2007, ric. n. 57325/2000, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*; DOLSO, SPITALERI, *Art. 14 Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., 541-543.

¹⁹ Cfr. HENRARD, *The European Court of Human Rights and the 'Special' Distribution of the Burden of Proof in Racial Discrimination Cases: The Search for Fairness Continues*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, 2023, Vol. 4, 429-442, in <https://doi.org/10.1163/26663236-bja10065>.

²⁰ V. Cedu, 20 febbraio 2024, ric. n. 43868/2018 e 25883/2021, cit., § 120-127, ove è stato dato particolare rilievo al rapporto pubblicato da *Amnesty International* sul tema delle pratiche di polizia in Svizzera, il quale denunciava atteggiamenti razzisti da parte di alcuni agenti di polizia nei confronti di persone sottoposte a controlli di identità. Inoltre, anche il CERD, nelle sue osservazioni conclusive del 27 dicembre 2021 sul rapporto della Svizzera, ha ritenuto che la formazione degli agenti di polizia svizzeri fosse insufficiente a prevenire efficacemente i casi di profilazione razziale.

²¹ V. Cedu, 20 febbraio 2024, ric. n. 43868/2018 e 25883/2021, cit., § 133-134.

3. Il trattamento di dati personali nelle attività di law enforcement

Il caso *Wa Baile c. Svizzera* evidenzia l'urgente necessità di riformare le pratiche di *law enforcement* per garantire il rispetto della dignità umana e per prevenire il rischio della conduzione di profilazioni discriminatorie. Sebbene il divieto di discriminazione possa avere un effetto diretto, sono il diritto alla protezione dei dati e il diritto alla privacy a rappresentare i pilastri fondamentali per garantirne l'attuazione. L'adozione di pratiche decisionali profilatorie, quindi, solleva preoccupazioni anche in merito alla conformità con i principi cardini della disciplina sulla protezione dei dati²², oltre che in merito alla violazione dei diritti fondamentali sanciti dalla C.e.d.u., in particolare il suo art. 8. Infatti, come evidenziato dalla Corte EDU nel caso *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlandia*: «tale articolo prevede il diritto a una forma di autodeterminazione informativa, che consente alle persone di invocare il loro diritto alla riservatezza di dati che, benché neutrali, sono raccolti, trattati e diffusi collettivamente e in forma o maniera tale da riguardare i diritti delle persone interessate ai sensi dell'articolo 8»²³. Inoltre, l'uso improprio e discriminatorio dei dati personali può perpetuare un ciclo di sorveglianza mirato e ingiustificato, aggravando ulteriormente le disuguaglianze esistenti e compromettendo la fiducia delle persone nelle istituzioni di sicurezza pubblica.

Con riguardo a ciò, già il Consiglio d'Europa promosse nel 1987 una raccomandazione volta a regolamentare l'uso dei dati personali nel settore della polizia, fornendo un insieme generale di principi per garantire il rispetto del diritto alla vita privata e la protezione dei dati²⁴. La raccomandazione includeva una norma più severa sul trattamento delle categorie di dati sensibili, come la razza, prescrivendo che la raccolta di tali dati, se non prescritta espressamente dalla legge, dovesse essere proibita²⁵. Tuttavia, queste previsioni non hanno avuto un impatto significativo nell'assicurare che le attività di *law enforcement* si svolgessero in modo trasparente e conforme ai principi di equità e proporzionalità²⁶.

²² A livello internazionale questi possono essere ricondotti alla Convenzione 108 del Consiglio d'Europa, la quale ha riconosciuto la *data protection* come prerogativa specifica dell'individuo e distinta dal diritto alla riservatezza (la Convenzione è stata poi rimodernata nel 2018 con il Protocollo di modifica). In seguito, il diritto alla protezione dei dati personali è stato meglio declinato e ampliato – a livello Europeo – dalla Dir. 46/95/CE e, successivamente, dal GDPR. Quest'ultimo, in particolare, mediante il fenomeno del c.d. *Brussels Effect* ha contribuito – come *benchmark* di riferimento – a migliorare significativamente la disciplina e le prassi relative alla protezione dei dati a livello internazionale. Sul punto cfr. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, in *Oxford Academic*, 2020, 25-66, in <https://doi.org/10.1093/oso/9780190088583.001.0001>.

²³ V. Cedu, 27 giugno 2017, ric. n. 931/2013, *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlandia*, § 136-138; PITEA, TOMASI, *Art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Wolters Kluwer, 2012, 315-319.

²⁴ Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation R (87) 15, Regulating the Use of Personal Data in the Police Sector*, 1987.

²⁵ Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation R (87) 15*, op. cit., Principle 2 - Collection of data (§ 43-48).

²⁶ Il contesto successivo non è migliorato dopo degli eventi dell'11 settembre 2001, in conseguenza dei quali sono state introdotte politiche finalizzate a profilare i cittadini di tutto il mondo al fine di costruire dei profili terroristici per il tramite

Nell'ambito dell'Unione europea, si è giunti ad un traguardo significativo con l'emanazione della Direttiva 2016/680/UE, conosciuta anche come *Law Enforcement Directive* ("LED")²⁷. Questo strumento normativo disciplina in modo dettagliato il trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti per la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento dei reati, nonché per l'esecuzione delle sanzioni penali, promuovendo parallelamente la libera circolazione di tali dati²⁸. Come suggerisce il suo nome, la LED riguarda il trattamento dei dati personali da parte di titolari del trattamento per «finalità di applicazione della legge», esulando dal campo di applicazione del GDPR²⁹. Tuttavia, in concreto, le finalità della LED possono riguardare attività che non rientrano specificamente nell'ambito penale ma che riguardano le funzioni di polizia svolte prima della commissione di un reato³⁰.

Nonostante la Confederazione Elvetica non sia membro dell'Unione europea, la Dir. 2016/680/UE si applica comunque al Paese come parte del processo di sviluppo dell'*acquis* di Schengen³¹. L'*acquis* di Schengen rappresenta l'insieme di norme, accordi e regolamenti che costituiscono la base della cooperazione Schengen, un sistema progettato per

delle autorità di sicurezza. Il *profiling* basato su caratteristiche psico-sociologiche asseconda un grande rischio di discriminazione. Cfr. HAYES, *A Failure to Regulate: Data Protection and Ethnic Profiling in the Police Sector in Europe*, in *Open Society Justice Initiative*, 2005, 33-37, in <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2005/jun/ben-hayes-A-Fai.pdf>.

²⁷ V. Dir. 2016/680/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, pubblicata in G.U.U.E. il 4 maggio 2016, il cui testo è consultabile in: <http://data.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj>. La *Law Enforcement Directive* faceva parte del pacchetto legislativo sui dati diramato dalla Commissione UE a partire dal 2016, comprendente il GDPR, la LED, la Dir. 2016/681/UE, sull'uso dei dati del codice di prenotazione aereo per le attività di contrasto ("PNR"), e il Reg. 2018/1725/UE relativo alle norme applicabili al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea. Sul punto cfr. BASSINI, *La svolta della privacy europea: il nuovo pacchetto sulla tutela dei dati personali*, in *QCOST*, 3, 2016, 587-589.

²⁸ Con riguardo all'ambito materiale di applicazione, il considerandum n. 18 LED evidenzia che le protezioni della Direttiva dovrebbero impiegarsi sia al trattamento automatizzato che al trattamento manuale dei dati personali, se i dati personali sono contenuti o destinati a essere contenuti in un archivio. Il caso in commento, dunque, rientrerebbe ragionevolmente in questo secondo ramo applicativo, in quanto i dati identificativi del sig. Wa Baile, raccolti manualmente dalle autorità svizzere, saranno stati certamente inseriti all'interno degli archivi della polizia.

²⁹ V. considerandum n. 19 GDPR.

³⁰ V. art. 1 LED; cfr. GALLO, *Implications of Artificial Intelligence in the Field of Law*, in *i-lex – Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*, 2023, Vol. 16 n. 1, 18-19, in <https://i-lex.unibo.it/article/view/17200>. Le finalità coperte dalla LED possono quindi includere attività preventive della polizia durante manifestazioni, eventi sportivi e/o mantenimento dell'ordine pubblico, con correlati trattamenti di dati personali effettuati per tali scopi.

³¹ V. consideranda n. 102-103 LED. Al contrario, il GDPR non è applicabile alla Svizzera, la quale ha adottato una propria legge federale sulla protezione dei dati personali, da ultimo revisionata nel 2020 con la *New Federal Act on Data Protection* ("nFADP"). Inoltre, è importante considerare che ognuno dei 26 Cantoni ha emanato una propria legislazione in merito alla protezione dei dati personali. Cfr. COLLINA, *Il GDPR in una prospettiva cross-border. Cenni all'applicazione del nuovo regolamento a tutela della privacy in Svizzera*, in BERTOLI, FERRARI, RIPAMONTI, TIBERI (a cura di), *Data protection tra Unione europea, Italia e Svizzera*, Giappichelli, 156-164. In ogni caso, la Commissione UE ha rinnovato la Decisione di adeguatezza 2000/518/CE originariamente emessa durante la vigenza della Dir. 95/46/CE, confermando la sostanziale equivalenza della disciplina relativa alla protezione dati nel territorio svizzero rispetto al GDPR. V. EUROPEAN COMMISSION, *Report on the first review of the functioning of the adequacy decisions adopted pursuant to Article 25(6) of Directive 95/46/EC*, 2024, 14-15, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_161.

garantire la libera circolazione delle persone all'interno delle frontiere interne dei paesi aderenti³². In sintesi, tale insieme di norme consiste nell'Accordo di Schengen del 1985, nella Convenzione di applicazione e completamento del 1990, nei successivi trattati di adesione³³, nelle misure compensative applicabili³⁴ nelle ulteriori normative applicabili in virtù degli accordi di Schengen³⁵. Il recepimento della Direttiva, pertanto, è avvenuto in Svizzera originariamente con la legge federale sulla protezione dei dati personali nell'ambito dell'applicazione dell'*acquis* di Schengen in materia penale (RU 2019 639) e dalle varie leggi locali approvate dai singoli Cantoni³⁶. Tale impianto normativo, tuttavia, è stata abrogato nel 2023, quando è entrata in vigore la nFADP che – tenendo conto degli sviluppi sul piano internazionale, con la riforma della Convenzione 108+ del Consiglio d'Europa e su quello europeo, con il GDPR – ha riordinato la disciplina interna, incorporando al proprio interno anche le previsioni di recepimento della LED³⁷.

Come per il GDPR, la LED ha introdotto un quadro normativo articolato volto a stabilire le garanzie e i principi in base ai quali può realizzarsi un trattamento di dati personali, stabilendo precisi obblighi tecnici ed organizzativi, nonché ad assicurare agli interessati la possibilità di esercitare un controllo sui propri dati – nonostante il contesto delicato – mediante l'attribuzione di una serie di diritti. In modo schematico, di seguito alcuni degli obblighi principali previsti dalla Direttiva:

- dover distinguere chiaramente tra le diverse categorie di interessati (indagati, condannati, vittime di reato) per consentire una gestione più efficace e attenta dei dati (art. 6);
- dover verificare l'accuratezza, la pertinenza e tempestività dei dati, anche mediante procedure organizzative volte a individuare e correggere eventuali errori, al fine di garantire che le decisioni basate su di essi siano qualitativamente affidabili (art. 7);

³² Cfr. BELLUCCI, *Schengen nel nuovo millennio*, Laurus Robuffo, 161-168; GUILD, BROUWER, GROENENDIJK, CARRERA, *What is happening to the Schengen borders?*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n. 86, 2015, 1-3, disponibile in <https://hdl.handle.net/2066/150061>; MARINAI, *Il controllo delle frontiere e la lotta all'immigrazione Irregolare*, in AA.Vv. (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Wolters Kluwer, 2021, 204-221.

³³ Per l'adesione della Svizzera v. G.U.U.E. L 53 del 27.2.2008, 52 e ss.

³⁴ Per mantenere un alto livello di sicurezza, l'*acquis* di Schengen include misure come la cooperazione tra le forze di polizia e giudiziarie, il sistema d'informazione Schengen (SIS) per lo scambio di informazioni su persone e beni, e norme comuni in materia di visti e asilo. Rientrando proprio nel primo tra questi ambiti, la Dir. 2016/680/UE mira a facilitare la cooperazione nella lotta contro la criminalità in Europa, armonizzando la protezione dei dati personali da parte delle autorità incaricate dell'applicazione della legge negli Stati membri dell'Unione europea e nei paesi Schengen.

³⁵ Sul punto v. Decisione Consiglio dell'Unione europea che definisce l'*acquis* di Schengen (1999/435/CE), pubblicato in G.U.U.E il 10 luglio 1999 e disponibile in <http://data.europa.eu/eli/dec/1999/435/oj>.

³⁶ Cfr. COSTA, *Evoluzione del diritto cantonale della protezione dei dati – quo vadis?*, in BERNASCONI, PASUCCI (a cura di), *Protezione dei dati personali: orizzonte 2023, Atti della giornata di studio del 3 giugno 2022*, 2023, 234-238, in <https://www4.ti.ch/can/sgcds/pd/pubblicazioni/collane-della-cfpg>. Sul punto si riporta l'esempio del Cantone Ticino, v. CONSIGLIO DI STATO, *Messaggio n. 8281 del 17 maggio 2023 - Revisione totale della legge cantonale sulla protezione dei dati personali* in https://www4.ti.ch/fileadmin/CAN/SGCDS/ICPD/PDF/LPDP/M8281_Revisione_totale_LPDP.pdf.

³⁷ Il testo della nFADP è consultabile in <https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/1998>. Cfr. SCHNEIDER, STURNY, REEVES, Switzerland, in RAUL (edit by), *The Privacy, Data Protection and Cybersecurity Law Review*, 2022, 413-416.

- dover prefissare – ciascuno Stato membro all'interno del proprio ordinamento – con sufficiente precisione gli obiettivi del trattamento, i dati personali da trattare e le finalità del trattamento necessario per le attività di contrasto alla criminalità (art. 8);
- dover adottare misure tecniche e organizzative mirate ad assicurare la sicurezza e l'integrità dei dati, nonché la capacità di dimostrare tale conformità in caso di verifica (art. 19);
- dover implementare dei principi della *data protection by design e by default* (art. 20).

Una specifica rilevanza viene assegnata anche al trattamento di categorie particolari di dati da parte delle LEA, come quelli idonei a rivelare l'origine razziale o etnica. Già a livello internazionale, ai sensi dell'art. 8 C.e.d.u. e della Convenzione 108+³⁸, il trattamento di tali categorie di dati – potenzialmente capaci di ledere il diritto al rispetto della vita privata – dev'essere limitato solamente ai casi prescritti dalla legge. In aggiunta, in un'ottica di maggiore garanzia, tali trattamenti possono ritenersi legittimi solo qualora costituiscano una misura necessaria e proporzionata in una società democratica a tutelare gli interessi della sicurezza nazionale, della sicurezza pubblica, degli interessi economici e finanziari, per la prevenzione dei reati e la difesa dell'ordine pubblico o per la protezione di diritti e libertà altrui. Al fine di prevenire interferenze indebite, è necessario adottare misure adeguate a mitigare il rischio di discriminazione, bilanciando attentamente il diritto alla riservatezza con l'esigenza di contrastare il crimine. Queste misure devono considerare lo scopo dell'indagine, il contesto circostante e la sensibilità dei dati, al fine di determinare l'ammissibilità e l'entità del trattamento da parte delle autorità di polizia³⁹. Questo orientamento è stato recepito anche nella LED, il cui art. 10 prevede che categorie particolari di dati possano essere trattate solo se strettamente necessarie e adottando adeguate garanzie per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, ed in ogni caso esclusivamente: *i*) se espressamente autorizzato dal diritto dell'Unione o dello Stato membro; *ii*) se diretto a salvaguardare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica; *iii*) se il suddetto trattamento riguarda dati resi manifestamente pubblici dall'interessato.

L'apertura al trattamento di dati etnici o razziali – seppur limitata – evidenzia un approccio prudente del Legislatore europeo all'uso di questi dati particolarmente sensibili per la conduzione di attività di contrasto. Tale importazione, come si avrà modo di esporre nel paragrafo che segue, viene, peraltro, confermata nella LED anche con riguardo alla profilazione degli individui mediante l'uso di *dataset* rappresentativi di categorie particolari di dati, con la previsione di specifiche garanzie volte a prevenire il rischio di condotte discriminatorie.

³⁸ Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Convenzione 108+ sulla protezione degli individui rispetto al trattamento di dati personali*, 2018, artt. 6 e 11.

³⁹ Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Practical guide on the use of personal data in the police sector*, 2018, 9.

4. I rischi della profilazione nelle attività delle LEA: la profilazione razziale

L'attenzione crescente che sia l'UE, sia le istituzioni internazionali dedicano alla protezione dei dati è ben nota. Ciononostante, vi sono restrizioni al diritto alla protezione dei dati personali che la C.e.d.u. stessa e la Dir. 2016/680/UE legittimano al fine di salvaguardare la sicurezza pubblica. In questo modo viene legittimato l'utilizzo, da parte della polizia, di tecnologie intrusive, utilizzate per scopi di *predictive policing*. Come suesposto, l'uso di tali tecnologie consente alle LEA di prendere di mira, sia reattivamente che proattivamente, individui o gruppi considerati ad alto rischio di commettere o aver commesso un reato⁴⁰. Le previsioni sull'attività criminale futura comportano operazioni di trattamento che includono la raccolta, la memorizzazione, l'analisi e l'utilizzo dei dati. In particolare, la loro raccolta può avvenire attraverso diverse fonti, come le rilevazioni svolte dalle forze dell'ordine, i dati demografici e le informazioni geografiche; i dati così raccolti potranno poi essere archiviati in database centralizzati tali da permetterne una facile accessibilità e gestione. L'analisi dei dati potrà, poi, essere condotta usufruendo di algoritmi avanzati e modelli di *machine learning* per individuare modelli e tendenze che possono indicare aree a rischio di future attività criminali. Infine, l'utilizzo di tali dati rende possibile l'implementazione di modelli previsionali nelle operazioni di polizia quotidiane, come la pianificazione delle pattuglie e l'allocazione delle risorse.

Per quanto riguarda la LED, questa definisce la profilazione nei medesimi termini del GDPR⁴¹. Tuttavia, a differenza di quest'ultimo, il quale ammette le decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato e stabilisce diversi principi in merito alla profilazione, la LED adotta un approccio differente. L'art. 11 della Direttiva, infatti, vieta che le autorità di contrasto possano prendere decisioni basate esclusivamente su trattamenti automatizzati, compresa la profilazione, qualora queste producano effetti giuridici o influiscano significativamente sull'interessato. Questa disposizione, tuttavia, è soggetta a diverse limitazioni; in particolare, il processo decisionale automatizzato è ammesso quando previsto dalla legislazione dell'Unione o degli Stati membri. Attraverso l'emanazione di leggi, gli Stati membri possono quindi legittimare l'uso da parte delle autorità di polizia di decisioni completamente automatizzate per fare previsioni sistemiche e/o individualizzate riguardanti futuri comportamenti criminali. In ogni caso è previsto che i titolari forniscano idonee garanzie per i diritti e le libertà degli interessati, fra cui l'obbligo di assicurare un

⁴⁰ Cfr. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Preventing Unlawful Profiling Today and in the Future: A Guide*, 2018, 18-19, in <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/preventing-unlawful-profiling-today-and-future-guide>.

⁴¹ V. *supra* nota 1.

intervento umano, ove richiesto, ovvero il diritto dell'interessato di esprimere il proprio punto di vista e contestare la decisione automatizzata⁴².

Quando, invece, la decisione automatizzata si basa su dati sensibili, l'art. 11, par. 2, LED specifica che tale decisione non possa avvenire a meno che non siano in atto misure idonee a salvaguardare i diritti, libertà e legittimi interessi dell'interessato i cui dati sono trattati. Infine, è importante notare che al paragrafo 3 viene stabilito anche un divieto espresso alla profilazione basata su dati sensibili che possa portare ad una discriminazione, in conformità con la legislazione antidiscriminazione dell'UE e la Carta di Nizza⁴³.

L'art. 11 LED prevede espressamente la sua applicazione all'implementazione di un processo decisionale completamente automatizzato che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato. Tuttavia, anche nell'impiego circoscritto di algoritmi durante le attività istruttorie o ispettive delle autorità di controllo – ad esempio, attraverso l'individuazione di “zone critiche” a rischio di commissione di reati – persiste un'alea di rischio elevata per i diritti e le libertà degli interessati. Infatti, nonostante l'apparente neutralità di una decisione automatizzata, anche se in un procedimento diretto da una persona fisica, vi è sempre il rischio di un controllo sistematico derivante da una profilazione discriminatoria, capace di stigmatizzare un gruppo sociale. Di conseguenza, non è chiaro se tale effetto sia sufficiente per attivare l'art. 11 LED o se sia, invece, necessario che un individuo dimostri effetti avversi specifici⁴⁴; è, però, evidente che una tecnica di profilazione del genere, che comporterebbe la discriminazione degli individui, sarebbe comunque vietata dal diritto dell'Unione e dalla stessa C.e.d.u.

Come anticipato, anche l'utilizzo di dati apparentemente neutrali per sviluppare modelli algoritmici automatizzati può essere fonte di discriminazione sotto forme diverse. Sul punto, infatti, si suole distinguere tra profilazione diretta, quando elementi come razza ed etnia sono utilizzati come criteri di selezione per guidare le decisioni di sorveglianza, e profilazione indiretta, che si verifica quando criteri apparentemente neutrali, come il parlare una determinata lingua, vengono ingiustificatamente incorporati in un profilo di rischio, portando alla selezione sproporzionata di persone con un determinato *background*. Infatti, può accadere che il *dataset* di addestramento del sistema possa essere contaminato da *bias* concernenti l'etnia degli individui o la loro storia sociale. In queste ipotesi, l'algoritmo, soprattutto in caso di sistemi di apprendimento automatico non supervisionato, potrebbe generare dei risultati distorti producendo un possibile pregiudizio agli interessati⁴⁵. Sul

⁴² V. consideranda n. 37, 38, 51 LED.

⁴³ V. considerandum n. 38 LED. Per approfondire v. GOTTSCHALK, *Automated individual decision-making*, in KOSTA, BOEHM (a cura di), *The EU Law Enforcement Directive (LED): A Commentary*, 2024, Oxford Academic, 232-240, disponibile in <https://doi.org/10.1093/law/9780192855220.003.0011>.

⁴⁴ Cfr. LYNSEY, *Criminal justice profiling and EU data protection law: precarious protection from predictive policing*, in *International Journal of Law in Context*, 2019, Vol. 15, 172-174, in <https://doi.org/10.1017/S1744552319000090>.

⁴⁵ Cfr. MOLASCHI, *Algoritmi e discriminazione*, in *Fundamental rights*, 2022, 2(3), 28-31, in <https://fundamentalrights.it/wp-content/uploads/2022/10/3-MOLASCHI-impaginato.pdf>; STANZIONE, *Data Protection and vulnerability*, in *European Journal*

punto, diversi studi hanno dimostrato che il *profiling* algoritmico prende di mira gruppi marginalizzati, come le minoranze etniche, individui con basso status socio-economico e donne⁴⁶. Spesso tale problematica può persino prescindere dalla questione della discriminazione indiretta⁴⁷. Gli esiti discriminatori possono derivare anche dall'uso di *proxy*, ossia attributi o variabili che, pur non essendo direttamente collegati a dati "sensibili", possono indirettamente causare discriminazione. In questi casi, la discriminazione non si riferisce a caratteristiche personali particolari, ma ad attributi come reddito, codice postale, attività lavorativa, tipo di automobile, ovvero a complesse combinazioni algoritmiche di vari attributi⁴⁸. Quindi, è opportuno che tali sfide siano affrontate con l'applicazione congiunta del diritto alla protezione dei dati e del diritto antidiscriminatorio, responsabilizzando i soggetti attivamente e passivamente interessati dai modelli di *policing profiling*.

Nonostante l'adozione di sistemi di profilazione e polizia predittiva possa essere considerato legittimo, l'assenza di linee guida relative alle modalità di addestramento, alla qualità dei *dataset* di addestramento, sul quando e in che contesto operativo applicarli e sulle modalità di verifica dei risultati genererebbe una grave carenza in punto di legalità dell'attività eventualmente condotta. La mancanza di previsioni – anche di natura organizzativa – chiare, tassative e determinate comporterebbe l'attribuzione di un'area di discrezionalità eccessivamente ampia, tale per cui possono essere presi a riferimento indicatori – come quello dell'origine razziale – che esulano dallo svolgimento di una legittima attività di verifica da parte della polizia. Ciò genererebbe delle differenze di trattamento meramente discriminatorie rispetto ai luoghi in cui questi sistemi possono essere impiegati e alle categorie di persone che li frequentano.

Il rischio ulteriore della realizzazione di una profilazione discriminatoria – mediante l'utilizzo di categorie particolari di dati – è quello che può condurre al compimento di una sorveglianza di massa, dove ogni individuo è costantemente sorvegliato, restringendo ogni possibile valenza di riservatezza e rispetto della vita privata⁴⁹. Ogni persona può diventare

of Privacy Law and Technologies, 2, 2020, 8-15. Gli algoritmi, infatti, sono sviluppati in base alla logica "garbage in/garbage out", comportando che l'introduzione di dati incongruenti, inaccurati o non aggiornati produrrà necessariamente decisioni inaffidabili e inaccurate. Sul punto v. OPEN DATA SCIENCE, *Garbage In, Garbage Out: Automated Machine Learning Begins with Quality Data*, in <https://medium.com/@ODSC/garbage-in-garbage-out-automated-machine-learning-begins-with-quality-data-70471cb33748>. Nel contesto delle attività di contrasto, tale problematica è particolarmente impattante sugli individui, aggravando potenzialmente le possibilità di discriminazione indiretta.

⁴⁶ Cfr. MANN, MATZNER, *Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination*, in *Big Data & Society*, 2019, 6(2), 2, in <https://doi.org/10.1177/2053951719895805>. Inoltre, v. GERARDS, XENIDIS, *Algorithmic discrimination in Europe: challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, in *Publications Office*, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/544956>.

⁴⁷ Sulla distinzione tra discriminazione diretta e indiretta si rimanda a CONSIGLIO, *Che cosa è la discriminazione? Un'introduzione teorica al diritto antidiscriminatorio*, 2020, Giappichelli, 79-104.

⁴⁸ Cfr. MANN, MATZNER, *Challenging algorithmic profiling*, op. cit., 4. Tale forma di discriminazione è definita come discriminazione emergente. Per degli esempi, v. GRASSO, *The Bad Algorithm*, 2021, Edizioni Scientifiche Italiane, 37.

⁴⁹ Cfr. RAPOSO, *The Use of Facial Recognition Technology by Law Enforcement in Europe: a Non-Orwellian Draft Proposal*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2023, Vol. 29, 519-520, in <https://doi.org/10.1007/s10610-022-09512-y>.

un sospettato, e persino comportamenti casuali (come indossare grandi occhiali da sole, nascondere il viso o guardare il terreno) potrebbero essere considerati sospetti a causa di *bias* o percezioni stereotipate⁵⁰. Al fine di soddisfare il diritto alla riservatezza, dignità e rispetto della vita privata, sarebbe fondamentale che i meccanismi di polizia predittiva fossero utilizzati alla luce di due criteri principali: il principio della finalità legittima e il principio della proporzionalità⁵¹. Il principio della finalità legittima è riconosciuto all'art. 4, par. 1, lett. b) LED, all'art. 8 par. 2 della CDFUE, all'art. 6 della Convenzione 108+ e all'art. 5, par. 1, lett. b) GDPR e comporta che il trattamento dei dati debba perseguire scopi ritenuti leciti dall'ordinamento giuridico⁵². Il principio di proporzionalità, declinato nelle sue sottodimensioni di proporzionalità in senso stretto, necessità ed efficacia concerne la ponderazione tra l'ingerenza della misura adottata, rispetto alla vita privata di un individuo, e l'obiettivo che dev'essere raggiunto mediante essa⁵³. Tali concetti possono essere mutuati anche nel ragionamento della Corte nel caso *Wa Baile c. Svizzera*. L'attività della polizia, di per sé legittima, dev'essere improntata a principi di proporzionalità e necessità in caso di attività di controllo nei confronti di persone appartenenti a gruppi minoritari. La raccolta e il trattamento di dati etnici, o idonei a rilevare l'origine razziale – così come di altre categorie particolari di dati, come quelli biometrici o relativi all'orientamento sessuale – dev'essere considerato eccessivo e sproporzionato rispetto alla tutela della sicurezza, se non giustificate dall'esistenza di un fondato sospetto e, soprattutto, se lo scopo del trattamento di tali dati può essere raggiunto con misure meno invasive.

Nel valutare l'interferenza della profilazione algoritmica – anche a fini di polizia – con il divieto di discriminazione e il diritto alla protezione dei dati, un elemento critico è la possibilità di riscontrare la presenza di falsi positivi. La possibile incidenza di risultati erronei o distorsivi, se non compiutamente rilevata, minaccia l'adeguatezza delle attività di *policing profiling*, rischiando di risolversi in un trattamento discriminatorio e in una possibilità di profilazione razziale. Un errore nell'identificazione di un potenziale criminale – in base alla sua etnia – può portare a esiti come la detenzione e la divulgazione pubblica dell'identità della persona, causando discredito sociale e danni alla reputazione. Inoltre, la presenza di *bias* nei dati di addestramento può danneggiare sistematicamente le persone appartenenti a minoranze etniche, a fronte di risultati erronei⁵⁴. Questo fenomeno finisce

⁵⁰ Cfr. CNIL, *Reconnaissance Faciale – Pour Un Debat À La Hauteur des Enjeux*, 2019, 6-8, in https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/reconnaissance_faciale.pdf.

⁵¹ Cfr. EDPS, *Guidelines on assessing the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, 2019, in https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/edps-guidelines-assessing-proportionality-measures_en.

⁵² Cfr. BIANCHEDI, MODICA, *Il principio di liceità*, in BRAVO (a cura di), *Dati personali protezione, libera circolazione e governance - 1. Principi*, Pacini Editore, 2023, 65-69.

⁵³ Cfr. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2017, Vol. 3, 5-7, in <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/gino-scaccia/proporzionalita-e-bilanciamento-tra-diritti-nella-giurisprudenza-delle-corti-europee>.

⁵⁴ Cfr. DUSHI, *The use of facial recognition technology in EU law enforcement: Fundamental rights implication*, in *Policy*

per creare ulteriori fenomeni di stigma contro frange già fragili della popolazione, aggravando la loro situazione nei confronti delle forze dell'ordine e alimentando la discriminazione⁵⁵. Per superare tali problematiche, è necessario che i dati utilizzati per addestrare gli algoritmi siano accurati e aggiornati, nonché controllati per verificare la possibile esistenza di *bias*, al fine di soddisfare l'art. 4, par. 1, lett. *d*) della LED e l'art. 5, par. 1, lett. *d*) del GDPR. Sul punto è stato sottolineato come l'utilizzo di dati sintetici⁵⁶ possa potenzialmente identificare le distorsioni esistenti in un campione di dati ed escluderli al fine di formare un *dataset* di qualità, realizzando dei modelli decisionali più accurati e privi di possibili pregiudizi discriminatori⁵⁷.

Oltre a tale misura tecnica, anche meccanismi organizzativi possono essere adottati per ridurre il rischio di risultati discriminatori, come la revisione manuale delle decisioni algoritmicamente assunte. Quest'ultima, nello specifico, dev'essere guidata da regole trasparenti e precise stabilite dagli Stati membri⁵⁸. Tuttavia, la stessa revisione umana può essere fonte di criticità, rischiando di affidarsi eccessivamente all'*output* dei sistemi algoritmici con potenziali effetti distorsivi o discriminatori delle decisioni di sorveglianza e controllo adottate dalle LEA⁵⁹.

Per evitare anche questa possibilità, le autorità competenti dovrebbero documentare le loro attività di trattamento e garantire che ogni decisione venga presa sulla base di una politica chiara, prevedibile e comunicabile⁶⁰. Inoltre, dev'essere garantita piena accessibilità ai criteri che costituiscono il parametro valutativo dell'algoritmo da parte dei soggetti interessati, con importanti implicazioni in tema di diritto di informativa e accesso⁶¹, in mo-

Briefs, 2020, 4-5, in <http://dx.doi.org/10.25330/528>.

⁵⁵ Cfr. RAPOSO, *The Use of Facial Recognition Technology by Law Enforcement in Europe*, op. cit., 527-528.

⁵⁶ I dati sintetici sono dati generati artificialmente che riproducono fedelmente le caratteristiche e i comportamenti dei dati reali, senza però contenere informazioni sensibili. Per approfondire cfr. FINOCCHIARO, LANDI, POLIFRONE, RUFFO, TORLONTANO, *Il futuro regolatorio dei dati sintetici, La sintetizzazione dei dati come risorsa per ricerca scientifica, innovazione e politiche pubbliche nel panorama giuridico europeo*, in *Diritto Economia e Tecnologie della Privacy*, 3, 2024, disponibile in <https://zenodo.org/doi/10.5281/zenodo.12742249>.

⁵⁷ Cfr. DRAGHI, WANG, MYLES, TUCKER, *BayesBoost: Identifying and Handling Bias Using Synthetic Data Generators*, in *Proceedings of Machine Learning Research*, 2021, 49-62, in <https://proceedings.mlr.press/v154/draghi21a/draghi21a.pdf>.

⁵⁸ Sul punto v. C. giust., 21 giugno 2022, causa C817/19, *Ligue des droits humains*, § 123-125 e 203-206, pronunciatasi in merito all'interpretazione della Direttiva PNR.

⁵⁹ Cfr. HAITSMA, *Regulating algorithmic discrimination through adjudication: the Court of Justice of the European Union on discrimination in algorithmic profiling based on PNR data*, in *Frontiers in Political Science*, 5, 2023, 8, in <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpos.2023.1232601/full>. Tale fenomeno è descritto come pigrizia cognitiva e si riferisce alla tendenza degli utenti a fare affidamento eccessivo su sistemi di AI per compiti cognitivi, riducendo l'impegno mentale e il pensiero critico, in base alla percezione di superiorità o inaffidabilità degli algoritmi.

⁶⁰ Cfr. PITEA, TOMASI, *Art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., 304-305, secondo cui le ingerenze nella vita privata delle persone siano ammesse solo a condizione che queste siano previste dalla legge e che tali basi giuridiche siano strettamente connesse al principio della certezza del diritto, garantendone l'accessibilità e la prevedibilità.

⁶¹ Il diritto ad essere informati – anche nella declinazione del diritto di accesso – dell'uso di sistemi automatizzati è fondamentale, poiché consente l'esercizio successivo di tutti gli altri diritti, come il diritto di richiedere l'accesso ai dati memorizzati. Sul punto, insiste anche la LED, il cui art. 13 (in combinato col considerandum n. 26) prescrive che le autorità hanno il dovere di informare i cittadini soggetti ai trattamenti automatizzati dell'esistenza del trattamento e dei rischi consequenziali ad esso.

do da poter identificare eventuali discriminazioni ed esercitare il loro diritto a un rimedio efficace. Di conseguenza, delle linee guida direzionali per l'utilizzo e il controllo di tali strumenti, ove rese pubbliche, permetterebbero di attestare la legittimità di azioni o interventi della polizia nell'ambito del *policing profiling*, manifestandone chiaramente presupposti, meccanismi e potenziali esiti dell'istruttoria algoritmica eventualmente condotta. La conoscenza dell'uso di un meccanismo di profilazione e del suo funzionamento potrebbe identificare e conseguentemente permettere la correzione di decisioni errate. Tali sistemi, pertanto, devono essere progettati per essere spiegabili a coloro che sono interessati dalle decisioni, assicurando la capacità di comprendere l'iter logico che ha determinato un certo risultato⁶².

5. Considerazioni conclusive

I modelli predittivi sollevano gravi preoccupazioni riguardo al potenziale aggravamento di problemi esistenti come la discriminazione. Il caso di profilazione razziale riscontrato dalla Corte EDU solleva poi ulteriori apprensioni su come ancora le LEA si affidino a pregiudizi etnici per lo svolgimento di attività come i controlli di identità, circostanza che comporta anche il trattamento dei relativi dati. A fronte di tale sovraesposizione alle attività di verifica e controllo, desta particolare preoccupazione l'eccessiva rappresentazione di gruppi minoritari nei *dataset* rappresentanti atti potenzialmente criminali utilizzati per l'addestramento di modelli di *policing profiling*, con conseguente esacerbazione della marginalizzazione di tali gruppi vulnerabili.

Dei molti regimi giuridici applicabili in un contesto di intelligenza artificiale, la legge sulla non-discriminazione e la disciplina sulla protezione dei dati sono le due fonti normative più rilevanti per proteggere gli individui contro ipotesi di profilazione razziale, algoritmica o non. In particolare, nel contesto dell'Ue – ma anche in Svizzera a fronte del proprio adattamento alla normativa dell'Unione – proprio con riguardo al GDPR e alla LED, il principio cardine che permette di racchiudere tutte le misure per prevenire e contrastare possibili discriminazioni è rappresentato dal principio di correttezza e trasparenza. Il trattamento di dati personali condotto dalle LEA dovrebbe avvenire, pertanto, nel modo che gli individui – pienamente informati – possono ragionevolmente aspettarsi, perseguendo unicamente i fini previsti dalla legge, e senza che questo possa cagionare ingiustificatamente degli effetti sfavorevoli alle persone⁶³.

⁶² Cfr. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Getting the Future Right: Artificial Intelligence and Fundamental Rights*, 2020, 13, in <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

⁶³ Cfr. PASTALTZIDIS, DIMITRIOU, QUEZADA-TAVÁREZ, AIDINIS, MARQUENIE, GURZAWSKA, TZOVARAS, *Data augmentation for fairness-aware machine learning: Preventing algorithmic bias in law enforcement systems*, in *ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2022, 2305, in <https://doi.org/10.1145/3531146.3534644>

In conclusione, si rileva come appaia inevitabile che, in un tempo non troppo remoto, il *policing profiling* diverrà strumento ordinario di indagine di attività criminose. Tuttavia, a fronte dei rischi che questa tecnologia solleva – rispetto alla violazione dei diritti e libertà fondamentali sin qui esaminati – appare necessario adottare una regolamentazione specifica in materia. Tali politiche dovrebbero includere una stretta collaborazione tra agenzie operanti nell’ambito del rispetto dei diritti umani, oltre che esperti, accademici e/o giuristi, e i diversi professionisti coinvolti nel settore della *digital transformation*, al fine di ridurre al minimo gli errori degli algoritmi e assicurare un controllo umano sui risultati di tale tecnologia⁶⁴. Sul punto, si segnala, infine, che il Regolamento Ue 2024/1689 sull’intelligenza artificiale (“AI Act”) ricomprende tra le pratiche di AI vietate i sistemi adoperati dalle LEA al fine di valutare o prevedere la probabilità che una persona fisica possa commettere un reato, unicamente sulla base della profilazione di un individuo o della valutazione dei tratti e delle caratteristiche della personalità. Tale divieto, comunque, non si estende ai sistemi di AI utilizzati a sostegno della valutazione umana del coinvolgimento di una persona in un’attività criminosa, che si basa già su fatti oggettivi e verificabili direttamente connessi ad un atto criminale, subordinandolo all’adozione di garanzie adeguate⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. DUSHI, *The use of facial recognition technology in EU law enforcement*, op. cit., 9.

⁶⁵ Cfr. art. 4, par. 1, lett. d) AI Act. Il Regolamento, dopo essere stato approvato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024 e dal Consiglio il 21 maggio 2024, è stato pubblicato sulla G.U.U.E. il 12 luglio 2024. Il testo del Regolamento è consultabile in: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>.

Employing Confessional Theology Professors in Serbia: (Ir)Reconcilability of Religious Freedom, Academic Freedom, and Guarantees of Labour Rights*

Ljubinka Kovačević

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

CONTENTS: FIRST PART. 1. Religious Ethos Employer and Prohibition of Discrimination. – 2. Selection and Employment of Theology Professors and Church Authorities Oversight: General Considerations.

Abstract: This paper aims to shed light on the ongoing discussion on allowing church authorities to supervise the selection of theology professors at the University of Belgrade Faculty of Orthodox Theology. After providing a summary of the characteristics of the religious ethos employer, particularly confessional theological faculties, the paper outlines the legislative history and social context of regulating the selection and employment of theology professors in Serbia. Special attention is provided to the church authorities' approval (blessing) for the selection of professors, as well as their approval for individuals to engage in the teaching of students. This is followed by a consideration of challenges related to reconciling the religious freedom (and institutional autonomy) of the church on the one side, and the academic freedom of confessional theological faculties and their professors on the other. Finally, the paper explores the issue of protecting these employees' labour rights, particularly in light of risks stemming from employment under ambiguous conditions, the need to more precisely determine the legal ramifications of violating the duty of loyalty (and punishing employees progressively for such violations), and the procedural guarantees necessary for the effective protection from wrongful termination of employment and the right to an effective remedy.

Keywords: Right of Churches to Self-Determination – Religious Ethos Employer – Confessional Theology Faculties – Academic Freedom – Selection and Employment of Theology Professors – Duty of Loyalty – Labour Rights

* The first part of this paper is published on Issue 5, the second part on Issue 6.

FIRST PART

1. Religious Ethos Employer and Prohibition of Discrimination

The effective enjoyment of workers' freedom of religion entails prohibiting the unjustified differentiation of job candidates and employees based on their religion or belief. Protection of employees' right to freedom of religion is ensured through the prohibition of discrimination and the guarantees of workers' rights to dignity and respect for private life, as well as through various labour law institutions, such as the right to a weekly rest period and the right to paid leave during religious holidays. One may also bring up the issue of accommodation of working conditions to the needs of employees as believers (e.g., adjusting work schedules to accommodate an employee's time for prayer), as well as the issue of conscientious objection, which allows members of certain professions, primarily healthcare workers, to refuse to perform certain tasks for religious reasons.

It should be noted that applying the principles of equality and non-discrimination does not exclude every distinction among workers based on religion or belief. Such distinctions may be permitted if prohibiting them could jeopardise the performance of certain work tasks. This specifically applies to jobs where a certain religious affiliation constitutes a genuine and decisive requirement for the successful performance of work tasks. However, reliably determining the fulfilment of this requirement can be a delicate and difficult task; for example, a job candidate may genuinely claim affiliation with Orthodox Church, but the employer may consider that the condition has not been met for reasons such as the candidate being baptised but not regularly attending church, participating in services, taking communion, etc¹.

Another exception to the prohibition of differentiating between workers in cases where a certain religious affiliation is a genuine and decisive occupational requirement is allowed by Dir. 2000/78/EC, which establishes a general framework for equal treatment in employment and occupation. This source of law envisions one more case where differentiation among workers based on religion or belief is permissible². This pertains to situations where religious affiliation or belonging to a particular church or religious community, as well as adherence to their teachings, is established as an occupational requirement for employment with employers whose activities are based on religion.

¹ VICKERS, *Religious freedom, religious discrimination and the workplace*, Hart Publishing, 2016, 183.

² The latter exception is regarded as a subtype of permitted exception from prohibition of differentiating between job candidates due to a genuine and decisive requirement of the job. POTOČNJAK, GRGIĆ, *Izuzeci i opravdanja kod zabrane diskriminacije*, in: POTOČNJAK, GRGUREV, GRGIĆ (eds.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, 2014, 177.

These employers have in common that their activities are guided or inspired by certain religious and moral concepts (known as “religious ethos employer”, or *l’entreprise de tendance* in French and *tendenzbetrieb* in German). These are employers that promote certain religious values. Consequently, they seek employees with specific religious beliefs, because otherwise, they would be unable to stay true to their religion: «professing the religion or belief on which the ethos of the church is founded must appear necessary because of the importance of the occupational activity in question for the manifestation of that ethos or the exercise by the church of its right of autonomy»³. In light of this, EU member states are permitted to retain or introduce regulations that allow for different treatment of workers based on their professional duties in churches and other public or private organisations whose ethos (value system) rests on religion or conviction «where, by reason of the nature of these activities or of the context in which they are carried out, a person’s religion or belief constitutes a genuine, legitimate and justified occupational requirement, having regard to the organisation’s ethos»⁴.

The mentioned differential treatment should not serve as justification for discrimination of employees on some other ground. Additionally, Dir. 2000/78/EC confirms the right of churches and organisations to require individuals who work for them to act in good faith or stay loyal to the ethos of the specific church or organisation. For this permissible exception to the prohibition of discrimination to apply to religious ethos employers, they must *genuinely* exhibit a particular religious and ideological identity in their practice, with the religious content of the duty of loyalty necessary for the performance of the entrusted work tasks⁵.

Religious ethos employers belong to a specific church or religious community as institutions. This is because religion is not just an internal conviction and worship but it is also expressed through activities undertaken in the secular sphere for religious reasons. *The* right of churches and religious communities to self-determination includes their prerogatives to organise and perform their activities through responsible institutions, to establish the principles upon which those activities are based, and to select individuals to work in these institutions⁶. These competencies are summarised in *the principle of institutional autonomy of churches and religious communities in relation to the state*. More specifically, it concerns the right to autonomously regulate the internal organisation of the church or religious community, as well as to protect their doctrinal principles and mission⁷.

³ BROCKMANN, *Occupational requirements within churches or religious organisations in Germany*, in *Hungarian Labour Law E-Journal*, 2019, 1, 75.

⁴ Dir. 2000/78, Art. 4, par. 2.

⁵ LOENEN, *Le pluralisme de principe remis en question: L’approche néerlandaise vis-à-vis des expressions de la religion sur le lieu de travail*, in *RDCTSS*, 2016, 2, 39-40.

⁶ ROBBERS, *Germany*, in TORFS (ed.), *International encyclopaedia for religion*, Kluwer Law International BV, 2013, 212.

⁷ ĐUKIĆ, *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života i autonomija crkava i verskih zajednica*, in *Harmonius*, 2018, 7, 47.

Institutional autonomy of churches and religious communities also includes their right to establish a certain religious affiliation as a requirement for employment in their institutions. If this right were denied, it would undermine the ability of churches and religious communities to “authentically and uncompromisingly” fulfil their mission in accordance with their beliefs and doctrines⁸. According to the German Federal Constitutional Court, this would constitute state interference in the internal affairs of religious communities and a violation of their right to freedom of religion or belief⁹. This is because churches and religious communities, as institutions, lose their identity if they are prohibited from rejecting a job offer or dismissing a person whose behaviour they deem contrary to their teachings¹⁰. Churches and religious communities cannot simply adopt another religious teaching and ethos, unlike a worker who can find another job (i.e., work in another environment) if their behaviour is not aligned with a particular religious teaching¹¹.

Finally, it should be noted that the legal systems of certain European countries distinguish between “religious” (“ideological”) and “neutral” jobs performed on behalf of religious ethos employers¹². In this sense, only employees performing “religious” jobs are expected to share a particular belief, which is not the case for other employees, such as those engaged for cleaning and food preparation in religious schools, as they are not responsible for the spiritual life of the pupils nor do they have the same level of contact with them as their teachers. Similarly, candidates for the position of executive director in a Christian nursing home may be required to belong to the appropriate religious denomination, unlike candidates for the role of gardener at the same institution¹³. Even the role of a church musician is not considered “neutral”, as music cannot be equated with creating an “aesthetical background” for the liturgy, nor can it be said to have the same significance as the singing and prayers of worshippers during the liturgy. Instead, church musicians contribute to the solemnity of the Eucharist, the central activity within the liturgy¹⁴.

⁸ ROBBERS, op. cit., 212.

⁹ ROBBERS, *ibidem*.

¹⁰ ROBBERS, *ibidem*.

¹¹ ROBBERS, *ibidem*.

¹² SARGEANT, LEWIS, *Employment law*, Pearson Education, 2006, 241.

¹³ SARGEANT, LEWIS, *ibidem*.

¹⁴ ECtHR, September 23, 2010, Case *Schüth v. Germany* (Application no. 1620/03), ECLI: CE:ECHR:2010:0923JUD000162003, par. 52.

2. Selection and Employment of Theology Professors and Church Authorities Oversight: General Considerations

Churches and religious communities have a pedagogical meaning, making religious education one of their most important missions. Through the educational system, they can reach younger generations, transmit spiritual experiences, and properly present and instil the values upon which a particular religious teaching is based. Therefore, individuals involved in teaching religious courses must enjoy the special trust of the church or religious community, as evidenced by the approval for selection and employment of religious education teachers, issued by the competent church authority. A similar principle applies to the study of confessional theology at academic institutions, although states differ in how church and state authorities cooperate regarding the selection of theology professors. This issue is important for the exercise and protection of the labour rights of theology professors, the quality of university education, and the effective exercise of the rights and freedoms of students, as well as those of churches and religious communities¹⁵.

The institution of the *church's consent to the selection of theology professors* is rooted in the history of relations between the state, the church, and universities in Europe, as first universities were founded under the auspices of the church during the Middle Ages.¹⁶ The church enabled the development of universities, primarily because the status of professors of theology, as the first discipline to be studied at many European universities, as well as the status of professors of other sciences and the degrees earned at universities - became recognised because of the church's approval¹⁷. The original purpose of church control was related to the quality of teaching, as the academic standards we know today did not exist at that time¹⁸. This was followed by the control of the accuracy (purity) of the teaching, ensuring that the instruction aligned with what the competent church authority deemed correct; however, both aspects of control were intertwined and connected¹⁹. That being said, the reasons for church oversight of teaching and the religious and moral qualities of professors are not merely historical. In contemporary states, they are linked to religious freedom and the right of churches and religious communities to self-determination²⁰.

Different European countries have different models of studying theology. Some countries offer the study of confessional theology, while others do not. As for countries in the first group, specific national historical, legal, and political circumstances influence whether

¹⁵ AVRAMOVIĆ, *Religious education in public schools and religious identity in post-communist Serbia*, in *APFB*, 2016, 3, 38-39.

¹⁶ RAKITIĆ, *O poreklu obaveznog blagoslova za izbor profesora bogoslovskih fakulteta – nacionalni i uporedni plan*, in *APFB*, 2022, 1, 313 *et seq.*

¹⁷ RAKITIĆ, *op. cit.*, 315-321.

¹⁸ BREMER, *Crkveni pristanak za nastavnike teologije – Razmišljanja sa strane*, in *APFB*, 2023, 1, 179.

¹⁹ BREMER, *ibidem.*

²⁰ RAKITIĆ, *op. cit.*, 338.

confessional theology is studied at universities/faculties founded by a church or religious community, or whether it can also be studied at state (public) universities/faculties. In certain countries, the relevant church authorities participate in the selection of theology professors and in deciding whether the selected candidates are allowed to teach, while in others, this is not permitted. The first subgroup, without exception, includes countries where teaching is organised and conducted by churches or religious communities, as well as some countries where confessional theology is studied under the auspices of state universities. In this way, states recognise the importance of the autonomy of churches and religious communities in selecting individuals suitable for imparting knowledge of a particular religious doctrine. Therefore, in addition to pedagogical and didactic-methodological qualifications for teaching, as well as other skills and abilities required by state law, future professors must also have approval from the relevant church or religious community. This approval generally consists of prior consent, confirming the (religious and/or moral) suitability of the candidate to be selected and employed as a theology professor. E.g., the vast majority of Catholic theological faculties in Germany belong to state universities, but they are subject to both public and Church law²¹. The Bishop of the Roman Catholic Church determines, in the form of *nihil obstat*, that there are no doctrinal or moral obstacles for an individual to be selected or appointed as a professor²². A comparable solution applies to the only state Catholic theological faculty in France: the Catholic Faculty (*Faculté de théologie catholique*) in Strasbourg²³. On the other hand, due to particular historical circumstances, there are no theological faculties within state universities in Italy; instead, there are private confessional universities that contribute to the development of education and research, as well as to the education of young people, in accordance with the principles of Catholic doctrine²⁴. Comparisons are also complicated in European countries with a predominantly Orthodox population, by the fact that in some of them, theological faculties are not part of state universities (Russia), or they are not confessionally defined (Greece). An opposite approach exists in Romania, where several confessional theology faculties

²¹ RAKIĆIĆ, op. cit., 328.

²² RAKIĆIĆ, *ibidem*. The engagement of theology professors at Roman Catholic theological faculties is regulated by concordats concluded with the Holy See. The Church's consent is a prerequisite for the selection of theology professors: in accordance with the *Codex iuris canonici* (1983), anyone teaching theological disciplines at any faculty must have a *mandatum*, while the corresponding approval for professors at church faculties is referred to as *missio canonica*, since they do not teach based on their own authority but on a mission received from the Church. In this sense, all professors must also receive the Holy See's approval in the form of *nihil obstat* (nothing prevents [the individual from being a theology professor]) before they receive a permanent position or are promoted to the highest rank. However, if the Church authority revokes *nihil obstat*, the state, according to the concordat, is obliged to exclude the individual from teaching theology at the university. In many countries, this does not result in the automatic termination of the individual's employment; instead, there is a possibility of transferring them to another position. RAKIĆIĆ, op. cit., 325-326.

²³ RAKIĆIĆ, op. cit., 329.

²⁴ VENTURA, *Italy*, in TORRES (ed.), *International encyclopaedia for religion*, Kluwer Law International BV, 2013, 152.

operate within state universities, and the Educational Commission of the Holy Synod of the Romanian Orthodox Church approves the selection and appointment of professors²⁵. This brief comparative overview, based on Rakitić's research findings, shows that in countries where the selection and employment of theology professors depend on the approval of the relevant church authority, it is considered an expression of the church's freedom to operate and the right to religious freedom²⁶. In this sense, given the nature of a theology professor's work and its relevance to the mission of spreading a particular church's teachings, the requirement for church authority approval is *not* seen as an undue burden on those who choose this vocation²⁷. Moreover, the autonomy of churches and religious communities presupposes the right of church authorities to assess the circumstances under which approval can be granted, as well as their right to evaluate whether an individual's behaviour and way of life align with the church's or religious community's teachings²⁸. Theology professors, therefore, have a *duty of loyalty* to the church, with the church authority retaining the right to revoke the approval for participation in teaching if an individual is living in a way that contradicts religious teachings and could consequently endanger the church's credibility²⁹. If this right were denied, the ability of churches and religious communities to 'authentically and uncompromisingly' fulfil their mission according to their beliefs and doctrines would be undermined³⁰. This would amount to state interference in the internal affairs of churches and religious communities and a violation of their right to freedom of religion or belief³¹. This is because churches and religious communities would lose their identity if they were prohibited from denying or revoking approval to individuals whose behaviour they deem contrary to their teachings³². Unlike an employee who can find another job if their behaviour does not align with specific religious teaching, churches and religious communities cannot find another religious teaching or ethos³³. Finally, it is important to recognise that granting approval for teaching is understood as a recommendation for work in theological science, as it is believed that the candidate will realise the hope placed in them. This hope also entails freedom of intellectual thought. Such freedom has historically enabled the advancement of theological thought, particularly in overcoming misunderstandings and heresies³⁴. Like everything else, the church is also subject to

²⁵ RAKITIĆ, op. cit., 330.

²⁶ Croatian Constitutional Court, May 22, 2013, Case U-III-702/2009, par. 10.2.3.

²⁷ ECtHR, October 4, 2016, Case Travaš v. Croatia (Application no. 75581/13), ECLI:CE:ECHR:2016:1004JUD007558113, par. 111.

²⁸ ECtHR, October 4, 2016, Case Travaš v. Croatia, cit., par. 67.

²⁹ ECtHR, October 4, 2016, Case Travaš v. Croatia, *ibidem*.

³⁰ ROBBERS, op. cit., 212.

³¹ ROBBERS, *ibidem*.

³² ROBBERS, *ibidem*.

³³ ROBBERS, *ibidem*.

³⁴ BREMER, op. cit., 181.

change, but its uniqueness lies in the fact that faith requires there to be ‘something unchangeable, something enduring within it’, and it is the church’s task to uncover this³⁵. Since confessional theological faculties are established to transmit church teachings to future generations, it is crucial that students at these faculties acquire knowledge that the church considers essential for its survival³⁶.

A breach of the duty of loyalty can manifest not only in improper teaching of students but also in behaviour that could cause a real disruption in the activities of the church or religious community. Termination of employment, in this sense, represents a particularly severe consequence of a breach of the duty of loyalty, because the dismissed worker has minimal opportunities for finding new employment, given that their qualifications are highly specialised, and the church or religious community holds a dominant position in this area³⁷. In this regard, the ECtHR particularly considers this fact when examining breaches of the duty of loyalty, along with the nature of the specific job, the duration of employment, the seniority of the employee, the employer’s awareness of the employee’s personal circumstances, and the publicity that a particular case has received³⁸.

The principle of the institutional autonomy of church and religious communities in relation to the state was confirmed, for example, in the judgment of the ECtHR in the case *Fernández-Martínez v. Spain*, regarding the church authorities’ decision not to recommend the re-employment of an individual in the post of religious education teacher. The individual was also a priest, and so a particularly high degree of his loyalty to the church was expected. The Court held that public authorities cannot act as arbitrators in disputes that arise within a church or religious community, nor can they assess the legitimacy of how religious beliefs are expressed. Moreover, it was confirmed that the guarantee of freedom of religion does not include a “right of dissent”, in the sense of a particular member of a religious community having the right to disagree with its teachings or organisation³⁹. If such disagreement does exist, the guarantee of freedom of religion implies the individual’s ability to leave the religious community⁴⁰. On the other hand, the state must not exert pressure on a religious community to accept or exclude an individual from its fold⁴¹. In light of these principles, the ECtHR concluded that the candidate’s adherence to an idea that seemed to undermine the doctrinal consistency of the Catholic Church resulted in a justified termination of employment; moreover, it concluded that the revocation of the ap-

³⁵ BREMER, op. cit., 186.

³⁶ WILLIAMS, *Academic freedom in church-related academic institutions: the management of tensions*, in *Didache*, 2008, 2, 12.

³⁷ ECtHR, June 12, 2014, Case *Fernández-Martínez v. Spain* (Application no. 56030/07), ECLI:CE:ECHR:2014:0612JUD005603007, par. 144.

³⁸ BROCKMANN, op. cit., 84.

³⁹ ECtHR, June 12, 2014, Case *Fernández-Martínez v. Spain*, cit., par. 128.

⁴⁰ ECtHR, June 12, 2014, Case *Fernández-Martínez v. Spain*, *ibidem*.

⁴¹ ECtHR, June 12, 2014, Case *Fernández-Martínez v. Spain*, cit., par. 129.

proval for a new employment contract was intended to protect the rights and freedoms of the Catholic Church. The Spanish Constitutional Court reached a similar conclusion when it ruled on the revocation of the mandate for hiring a Catholic religious education teacher in a public school who had divorced and was living with another man. On that occasion, the Constitutional Court concluded that church authorities have the freedom to assess whether a particular individual is suitable to teach religious education on behalf of the Catholic Church in a public school. This assessment is not based solely on the teacher's pedagogical abilities but also on their personal circumstances, as «teaching religious education goes beyond the mere transmission of knowledge and includes the transmission of faith, which must be demonstrated through the teacher's personal life»⁴².

⁴² Spanish Constitutional Court, Case 38/2007, in MARTINEZ-TORRÓN, *Spain*, in TORFS (ed.), *International encyclopaedia for religion*, Kluwer Law International BV, 2018, 178.

